

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

CONDITION DE LIQUIDITÉ

DANS LA

COMPENSATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Alfred COLZY

Avocat



DOULLENS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE DESSAINT

53^{or} RUE SAINT-LADRE, 53^{or}

—
1899



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552222_0073

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

CONDITION DE LIQUIDITÉ

DANS LA

COMPENSATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 18 Mars 1899, à 8 heures 1/2

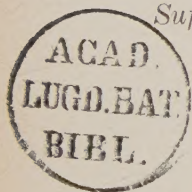
PAR

Alfred COLZY

Avocat

Président : M. BOISTEL.

Suffragants : { MM. PLANIOL, } Professeurs.
SALEILLES, }



DOULLENS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE DESSAINT

53^{ter} RUE SAINT-LADRE, 53^{ter}

1899

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs,

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON FRÈRE

A MES PARENTS

INTRODUCTION

La compensation simplifie la marche des affaires. Je suis à la fois créancier et débiteur, je me paierai de ma créance en ne payant pas ma dette. Un double transfert de fonds est évité. La compensation est un paiement abrégé.

La compensation garantit en fait l'efficacité du paiement. Se payer de son dû avec ce que l'on doit, est un moyen assuré de se prémunir contre l'insolvabilité d'un débiteur. La compensation est une sûreté personnelle.

Sous ces deux aspects elle répond au besoin de célérité et de sécurité qui, de nos jours, se fait de plus en plus sentir. Notre intention est de rechercher comment et dans quelle mesure les exigences de la liquidité peuvent faire obstacle au double but poursuivi par la compensation.

Une dette liquide est une dette d'existence et de

quotité certaines, elle se traduit en chiffres exacts, pour ainsi dire.

Il est bien certain que si l'existence de la dette est douteuse, la compensation n'est pas possible.

De même si la dette est d'évaluation longue et difficile, l'opposer en compensation serait un procédé de chicane qui alourdirait la marche des affaires loin de la simplifier.

L'exigence de la liquidité se comprend donc en principe.

Mais si l'on se trouve en présence d'une dette de liquidation aisée, faut-il empêcher que ce même esprit de chicane permette au poursuivant, cette fois, de s'opposer au paiement par voie abrégée ? Faut-il surtout que sous prétexte d'illiquidité du fait, un créancier soit privé du bénéfice que la compensation lui procurerait en lui permettant d'obtenir un paiement assuré ? Peut-être même d'ailleurs avait-il intentionnellement escompté l'avantage que lui garantissait la dette ainsi volontairement assumée ; j'ai contracté, par exemple, une dette pour être sûr d'être payé en ne payant pas, va-t-on m'obliger à payer tout en courant le risque de ne pas être payé ? En deux mots, s'il existe entre les deux dettes une relation de cause à effet, l'illiquidité de l'une d'elles suffira-t-elle à détruire ce rapport ?

Nuire à la célérité en empêchant la liquidation de

comptes aisément liquidables, nuire à la sécurité en enlevant au créancier la compensation sur laquelle il comptait; tels peuvent être les résultats des exigences de la liquidité.

En quelle mesure donc est-elle nécessaire? En quelle mesure la faut-il conserver?

Nous tâcherons de le déterminer.

Nous avons, d'un mot, dans une brève introduction, indiqué le but pratique désirable : faculté laissée au juge de séparer au besoin liquidité et compensation et de compenser parfois des dettes non liquides.

Nous aurons à déterminer les moyens pratiques employés par notre jurisprudence pour arriver à ce résultat ; à montrer par quelle interprétation d'équité subtile, elle parvient à franchir l'obstacle rigoureux que paraît opposer à cette compensation des dettes non liquides le système français de la compensation légale.

Mais cette compensation d'équité est-elle bien juridique ? La jurisprudence n'est-elle pas sortie de son rôle qui est de commenter la loi existante, non de définir et d'appliquer une législation plus ou moins souhaitable ?

Pour répondre à cette question, il importe avant tout de déterminer les rapports qui unissent la liquidité et la compensation.

Est-il juridiquement possible de séparer ces deux matières ? N'est-ce pas une relation de cause à effet qui les unit ? Si cette séparation est possible, l'est-

elle dans les diverses conceptions théoriques de la compensation. Tout particulièrement, cette séparation est-elle juridiquement compatible avec notre conception française sur la compensation ?

Autant de questions qui dépendent de la relation à établir entre les deux institutions et qui doivent être résolues en droit et préalablement à tout examen de fait des applications de la jurisprudence.

En résumé la marche à suivre dans notre travail est la suivante :

Indiquer le but ;

Cela est fait dans notre introduction.

Indiquer si en droit, ce but peut être atteint dans un système quelconque sur la compensation notamment dans le nôtre, c'est l'objet de notre première partie.

Indiquer comment, en fait, ce but a été atteint par notre jurisprudence française et dans quelle mesure, c'est notre seconde partie. En quelques mots enfin, apprécier cette intervention de la jurisprudence et nous rallier, s'il y a lieu, à une conception théorique permettant de réaliser le but recherché, ce sera notre conclusion.

PREMIÈRE PARTIE

Abordons de suite l'examen de notre première partie. En droit est-il possible de séparer liquidité et compensation ? Ou bien au contraire, la liquidité est-elle un élément essentiel à la possibilité de compenser deux dettes ? En deux mots, quels rapports unissent liquidité et compensation ?

Avant que de déterminer ainsi le lien juridique qui rattache l'une à l'autre nos deux institutions, il importe de les envisager distinctement l'une et l'autre. Avant que de les mettre en présence et de les rapprocher il faut, de toute nécessité, les connaître. De cette simple observation nous déduirons la division de notre première partie en trois sections.

Section I. — **Liquidité.**

Section II. — **Compensation.**

Section III. — **Liquidité et compensation.**

SECTION I

LIQUIDITÉ

AUBRY ET RAU. — Tome IV, paragraphe 326, page 227 (4^e édition).

DEMOLOMBE. — Traité des contrats, tome V, n^o 516.

DELVINCOURT. — (Ed. de 1819). Tome II, page 717 (notes sur la page 168 et 795, notes sur la page 169).

DESJARDINS. — De la compensation, page 387, n^o 116.

LAROMBIÈRE. — Obligations, art. 1291, n^o 15.

LAURENT. — Tome XVIII, pages 418-425.

LOCRÉ. — Législation civile, Tome XII, page 484, n^o 47.

POTHIER. — Des obligations, n^o 628.

TOULLIER. — Tome XII, n^o 371.

Et *Journal du Palais*, Année 1885. I, 739. — Rapport de M. le conseiller Georges Lemaire.

Une remarque préalable paraît nécessaire : nous n'avons ici d'autre intention que de mettre en relief avec le plus de netteté possible les caractères que doit présenter une dette pour être liquide.

Pour l'instant, nous n'avons pas à rechercher si des atténuations désirables sans doute peuvent être apportées en certaines matières, notamment en notre matière de la compensation aux conditions exigées pour qu'il y ait sûrement liquidité.

C'est de la « liquidité » prise isolément que nous voudrions avoir à donner purement et simplement une définition aussi précise que possible. Nous ne

la rapprochons maintenant d'aucune autre institution dont la présence la contraigne à adoucir ses angles, si l'on peut ainsi dire. Bien plutôt, devrions-nous accentuer sans les exagérer, les caractères requis pour l'existence de la liquidité.

Sous le bénéfice de cette observation essentielle, demandons-nous ce qu'est la liquidité, ce qu'est une dette liquide. L'étymologie du mot nous donne déjà quelques éclaircissements sur sa signification. Il dérive, en effet, du vieux verbe latin « *liquet* » qui signifie : il est clair, il est évident, il est constant. *Non liquet*, l'affaire ne m'apparaît pas avec une évidence suffisante pour déterminer ma conviction, pouvait dire le juge romain dont la religion n'était pas suffisamment éclairée. Les dettes liquides, à s'en tenir à cette première notion qui demande à être précisée, ce sont des dettes claires et constantes, qu'on ne peut légitimement contester.

En une formule très nette qui nous servira de guide Pothier, résume l'idée qui sert à caractériser de façon précise notre condition de liquidité. *Certum est an et quantum de beatur*, dit le jurisconsulte. Certitude quant à l'existence et certitude quant à la quotité. Il m'est dû quelque chose, cela est certain, et voilà exactement et non moins certainement ce qui m'est dû ; une dette qui, à n'en pas douter, est et

s'élève à tant; telles sont les deux conditions requises pour qu'il y ait sûrement liquidité.

Nous voudrions faire de chacune d'elles l'objet d'une étude spéciale et ceci nous amène à diviser notre première section en deux chapitres :

Chapitre premier : CERTITUDE D'EXISTENCE SUR LA DETTE (*an debeatur*).

Chapitre deuxième : CERTITUDE QUANT A LA QUOTITÉ DE LA DETTE (*quantum debeatur*).

CHAPITRE PREMIER

Certitude d'existence

La certitude d'existence de la dette s'impose de toute évidence comme condition préalable à toute prétention à la liquidité possible d'une dette. En vain le montant de la dette serait-il déterminé avec la plus précise exactitude ; si le moindre doute sérieux est permis relativement à l'existence même de la dette, il ne peut être question de liquidité. Comment, en effet, parler de liquidité, c'est-à-dire d'indiscutable clarté, alors qu'une contestation peut s'élever sur le principe même de la dette ? L'examen des contestations possibles sur l'étendue de la dette ? L'exameu des contestations possibles sur l'étendue de la dette n'est que subsidiaire à la reconnaissance préalable de la dette. Et pour varier une fois encore la formule : « *Prius est esse quam esse tale.* ».

Nous allons parcourir les applications diverses qui peuvent être faites de ce principe que l'exis-

tence certaine de la dette est une condition essentielle à sa liquidation.

A. — Une dette *prescrite* ne pourra pas être par exemple opposée en compensation, car la dette prescrite n'a plus d'existence aux yeux de la loi civile ; la loi civile est donc impuissante à faire revivre une dette qu'elle même considère comme éteinte. Le défaut de liquidité par suite du défaut de certitude dans l'existence de la dette est ici d'une particulière évidence.

Et que l'on n'objecte pas que malgré la dette prescrite une obligation naturelle subsiste, qui puisse servir de base à la compensation. Qu'on ne dise pas que ce qui fait le fond même de l'obligation, la possibilité d'être éteinte par voie de prescription survit à la prescription. Il est douteux, d'abord, et ce n'est pas ici le lieu d'examiner la controverse, qu'une obligation naturelle survive à la prescription, mais y survécut-elle que la compensation légale ne se produirait pas encore. En effet, le débiteur d'une obligation naturelle ne peut pas être légalement contraint à son exécution. Il la peut payer, sans doute, mais le paiement qu'il fait est un acte émané de sa propre volonté. C'est donc à lui qu'il appartient de provoquer ou non la compensation, qui se produit bien alors parce qu'il

y consent n'est pas une compensation légale, mais une compensation conventionnelle.

B. — Une dette *conditionnelle* n'est pas davantage liquide. C'est sur l'existence même du droit que la modalité qu'est la condition fait planer le doute. C'est l'existence de la dette qui est elle-même en question. La liquidité suppose la certitude dans l'existence de la dette, c'est l'idée d'incertitude d'existence qui est au contraire le caractère essentiel de l'obligation conditionnelle.

C. — C'est encore une incertitude dans l'existence de la dette qui, suivant nous, empêche les *dettes alternatives* de pouvoir être considérées comme liquides. Sans doute il y aura certainement une dette, mais l'objet n'en est pas dès maintenant déterminé; il faudra payer ou l'une ou l'autre chose; ni l'une ni l'autre n'est certainement due, elles sont dues toutes les deux sous une condition inverse dont la réalisation dépend du sens dans lequel s'exercera le choix du débiteur ou du créancier. Cette incertitude sur l'objet de la prestation crée un obstacle à la liquidité de la dette.

D. — Nous appliquerons le même raisonnement à la dette *facultative*; tant que le débiteur garde la faculté de choisir, elle n'est pas une dette liquide,

c'est une dette *d'existence certaine* soit, mais d'objet incertain ; on ne sait pas ce qui est dû. En vain dirait-on que l'obligation a un objet principal, il n'en reste pas moins qu'au point de vue de l'exécution qui nous intéresse d'une façon plus particulière quand nous étudions la liquidité, on ignore quel sera l'objet réel de la prestation, la chose *in obligatione* ou la chose *in facultate solutionis*.

E. — On ne pourra de même considérer comme liquide puisqu'elle n'est pas certaine quant à son existence la dette *litigieuse*. En réalité son existence est suspecte et subordonnée à l'issue du procès. Mais ici des distinctions s'imposent. Il faut tout d'abord qu'il s'agisse d'une contestation sérieuse. Il serait vraiment par trop commode pour faire obstacle à une compensation qui menace, d'invoquer, par pur esprit de chicane, une difficulté qui n'aurait rien de sérieux mais qui suffirait à rendre la dette insusceptible de liquidité partant de compensation. Une dette contestée n'est pas certaine et partant pas liquide. Mais il n'y a qu'une contestation fondée et légitime qui puisse ainsi mettre en doute l'existence d'une dette. C'est ce que disait très bien le tribun Jaubert, dans son rapport au Tribunal. Commentant la définition de la dette liquide il s'exprimait ainsi : « Prenez garde que la loi ne dit pas dette également re-

« connue par les deux parties. Car si l'une des deux
« se permettait de faire une mauvaise contestation
« et de soutenir contre toute évidence qu'elle n'est
« pas débitrice, si le juge voyait clairement que la
« dette était certaine, il ne pourrait s'empêcher de
« déclarer la compensation. La contestation n'em-
« pêcherait pas alors la liquidité. Lors donc que la
« loi exige que les deux dettes soient également li-
« quides elle n'a entendu exclure que celles qui pour-
« raient donner lieu à des discussions ». Admettre la
règle contraire ce serait développer de plus en plus
l'esprit de chicane. Si une contestation quelconque
si peu sérieuse fut-elle suffisait à empêcher la certi-
tude de la dette, à n'en point permettre la liquidité,
que de procès injustes pourraient être intentés, que
de dettes seraient, en effet, contestées dans le seul
but d'écarter ce paiement forcé qu'est, en notre droit
français, la compensation légale impossible à défaut
de liquidité de la dette.

Une dette litigieuse est une dette douteuse, incertaine, non susceptible de liquidité, voilà le principe. Mais encore faut il que le doute sur l'existence réelle de la dette soit en vérité sérieux, qu'il découle d'une difficulté vraie de droit ou de fait, qu'il ne soit pas inspiré par l'esprit de chicane, par le désir de se dérober par un artifice de procédure, aux exigences d'une situation qui n'est que trop liquide. « Il n'est

« donc pas nécessaire pour qu'une dette soit liquide
« que son existence soit reconnue par le débiteur
« à qui on l'oppose. Il suffit, son existence étant dé-
« niée, que le créancier en fournisse immédiatement
« la preuve, de manière que toute contestée qu'elle
« est, elle soit néanmoins incontestable » (Larom-
bière oblig. 1291, n° 15).

Que l'on veuille bien envisager, s'il en était autrement les fâcheuses conséquences de l'impossibilité de faire remonter la compensation au jour de la coexistence, reconnue par jugement, des deux dettes. Il suffirait d'élever une contestation sur l'existence d'une créance en réalité incontestable, d'obliger le créancier à subir un procès injustifié, pour n'avoir pas à souffrir de cette liquidité que le seul esprit de chicane nous a poussés à contester. Nous sommes mêmes portés à croire (Cass. 7 février 1883 S. 85. 1. 309) que la seule existence d'un titre constatant la créance, suffit en principe pour que la créance soit reconnue liquide, dans le cas où la contestation élevée sur cette créance aura été repoussée. Car enfin, une fois la demande rejetée le titre subsiste avec sa valeur, avec sa force primitive et doit donc naturellement produire tous ses effets en faveur du créancier.

Le jugement qui rejette la contestation ne crée donc pas la liquidité, mais il constate la liqui-

dité préexistante en vertu du titre (Cass. 17 Juin 1839 S. 39. 1.581) (D. P 41. 1.404) (S. 85. 1.300). Il paraît difficile de croire que la loi ait voulu empêcher la liquidité dans ce cas, sous le seul prétexte que la dette est déniée, alors qu'elle est constatée par un titre. Il serait, dit M. Larombière, trop facile à la mauvaise foi de s'y soustraire.

Au surplus nous n'irons pas jusqu'à admettre que toute dénégation ou méconnaissance d'écriture, pour les actes sous seing privé, ni que toute procédure d'inscription de faux pour les actes authentiques, soit impuissante si elle échoue, à faire obstacle à la liquidité. Tout ce que nous voulons dire, c'est que la plupart du temps celui qui a un titre en mains est à même de faire preuve en état de justifier promptement et sommairement aurait, dit Pothier, l'existence de la dette Il y a là avant tout une question de fait et de bonne foi. Il s'agit donc d'une appréciation de fait qui rentre exclusivement dans le domaine du juge de la cause (D. P. 52. 1.543). Mais on ne doit pas en principe permettre ou encourager des attaques téméraires contre le titre qui engagent dans la procédure complexe et délicate de l'inscription en faux ou qui conduisent tout au moins à des vérifications d'écritures toujours épineuses.

F. — Une dette affectée d'une cause de nullité ou

de rescision n'est sûrement pas liquide. Ainsi en est-il de l'obligation qui incombe à l'acheteur de payer son prix, dans le cas où la vente est rescindable pour cause de lésion. Ainsi, à plus forte raison encore, d'une dette dont l'existence même est non plus seulement compromise, mais supprimée par l'illicéité de la cause par exemple. L'étude de la jurisprudence nous fournira ultérieurement l'occasion d'appliquer ce principe à certains cas de cession d'office ministériel. En ce qui concerne les dettes affectées d'une nullité relative, comme l'obligation est susceptible de prendre force par l'expiration d'un délai ou par une confirmation ultérieure, elles deviendront liquides quand le temps sera écoulé ou la ratification survenue.

g. — Quand deux personnes sont en compte courant réciproque et peuvent à tout instant devenir respectivement créancière et débitrice l'une de l'autre, on ignore en faveur de laquelle se réglera le compte courant une fois arrêté; en faveur de laquelle se fixera définitivement le solde créateur. Tel est créancier aujourd'hui qui demain peut-être sera débiteur; c'est le résultat final des opérations indivisibles qu'il faut envisager. Il ne s'agit pas de dire : *pour l'instant*, c'est en faveur de telle partie que le solde se règle. Tant que le compte n'est pas arrêté l'obligation est

en suspens ; les liens d'obligation sont respectivement relâchés et se liquideront d'après l'ensemble des opérations, considérées non comme une série d'opérations partielles successives, mais comme un résultat d'opérations qui toutes sont venues se fondre en une opération unique le compte courant. Ils ne sont donc pas dès maintenant liquidés ; les divers rapports hétérogènes que les parties ont eus entre elles sont tous venus s'absorber en une créance unique dérivant du compte courant et cette créance n'est pas liquide ; elle est conditionnelle et partant incertaine : les relations mobiles des commerçants entre eux la peuvent venir modifier, supprimer, transformer peut-être en une dette.

Avant que de passer à l'étude de la condition de liquidité en tant qu'il s'agit d'exiger la certitude non plus de l'existence mais du montant même de la dette, faisons une remarque qui nous servira de transition : La liquidité, à proprement parler, affecte beaucoup plutôt l'étendue de la dette quant au montant, ce qui est une question accidentelle de quotité, une question de chiffre, qu'elle n'a trait au fond même de l'obligation qui est une question substantielle de validité.

CHAPITRE DEUXIÈME

Certitude quant à la quotité de la dette

Incontestée dans son principe, la dette peut parfaitement être discutée dans son étendue. Je dois, mais *combien* dois-je ? Malgré l'existence certaine de la dette, l'incertitude dans la quotité est un obstacle à la liquidité. C'est un compte courant ARRÊTÉ qui sûrement accuse un solde créancier en faveur de l'un des commerçants ; mais des discussions porteront sur certains articles et si l'importance des points contestés n'est pas telle que le créancier de bénéficiaire du reliquant puisse devenir débiteur, du moins l'étendue du solde pourra être ou plus ou moins restreinte. Une vérification s'impose, un débat, un procès peut-être devra s'engager. Le règlement (l'exigibilité par conséquent) de la créance se trouvera d'autant retardé. C'est du temps perdu pour le créancier, c'est un terme dont va profiter indirectement le débiteur.

Mais il se peut très bien que la vérification de l'étendue de la créance soit purement matérielle,

qu'une simple opération de calcul en rende raison. Ce serait alors vraie chicane que de faire surgir une contestation sur la liquidité. Et de même que la dette d'existence évidente ne peut être contestée, de même la dette de quotité non douteuse ne peut pas être discutée. Si donc le compte est arrêté, si chacun des éléments de ce compte est admis par les parties, si tous les articles sont reconnus justes et véritables et qu'il ne reste plus qu'à faire un simple calcul d'intérêts dont le taux et la durée sont admis, s'il ne reste, en un mot, à faire qu'une simple opération d'arithmétique, la dette est liquide, son existence est certaine ainsi que sa quotité.

Mais il faut avouer que la plupart du temps une dette soumise à un règlement de compte ne sera pas liquide. Si l'on a, en effet, compte à régler, c'est que l'un ou l'autre des éléments du compte sont objet de discussion.

Parcourons quelques espèces. C'était auparavant une créance de montant indéterminé, puisque soumise à l'arbitraire du juge, que celle de l'ouvrier envers son patron à raison d'un accident survenu au cours du travail, à supposer établie la responsabilité du patron ou plutôt non établie la faute de l'ouvrier. Cette même créance soumise à un tarif méticuleusement réglé suivant les cas outre qu'elle sera presque toujours certaine quant à son existence puisque la

seule faute lourde de l'ouvrier l'empêchera de prendre naissance, sera de plus, grâce au tarif niveleur et compliqué que la loi de 1898 a édicté, une créance certaine quant à sa quotité, puisque dans tel cas donné, l'indemnité est légalement tarifée à une somme fixée à l'avance sans tenir compte des circonstances particulières à chaque accident.

Ce serait au contraire une créance non liquide que celle qui serait soumise à l'appréciation sagement arbitraire d'experts ou de jurys professionnels et non au calcul légal et en vérité plus arbitraire puisqu'il ne tient aucun compte des intérêts particuliers en jeu dans chaque espèce de fait.

Dans l'ordre d'idées où nous nous plaçons, nous déciderons, malgré la Cour de Cassation (3 février 1819) que n'est pas liquide la créance d'un médecin non acceptée sans conteste par le client pour le montant des visites. — Il n'y a pas, dit la Cour suprême, d'autre retard que celui du règlement des mémoires par le jury médical... Mais ce retard est suffisant, il porte une atteinte éventuelle à l'étendue de la créance; le jury médical ne peut-il pas déclarer les honoraires exagérés et restreindre par là le montant de la créance?

Nous tiendrions le même raisonnement pour les honoraires dus à un avocat. Ils ne sont pas liquides dès qu'ils sont contestés. La contestation ne porte

que sur le quantum sans doute, mais le conseil de l'ordre peut réduire les émoluments dus à l'avocat et le fait d'après un usage constant.

De même les frais d'actes dus à un notaire ne sont pas liquides à notre avis tant qu'ils n'ont pas été taxés dans le cas où la taxe est obligatoire. La question a été jugée en sens divers par la cour de Cassation. Un arrêt du 18 Avril 1854 est conforme à notre manière de voir. Un autre arrêt paraît s'inspirer (c'est il est vrai un pur arrêt d'espèce) des principes de l'arrêt de 1819 en matière d'honoraires dus au médecin. La dette du client est une dette certaine quant à son principe; mais elle ne devient dra liquide que par son approbation ou par la taxe du président du tribunal. Les deux modes de liquidité ne s'emploient d'ailleurs pas de façon indifférente et en pratique il est nombre de cas où les officiers ministériels ne sont admis à paiement des frais dus qu'après leur fixation en taxe et leur liquidation par jugement. Voilà qui paraît fournir preuve péremptoire que les frais non taxés même ne sont pas liquides. C'est l'opinion des notaires eux mêmes : ils le manifestent en faisant approuver par le client lui même sur le livre de caisse de leur étude, le montant des frais et honoraires qu'ils lui réclament. C'est un aveu tacite mais réel de l'illiquidité d'un état de frais non taxé.

Nous trouvons une preuve, à notre avis très caractéristique, des dangers qu'il peut y avoir à s'écarter ainsi du véritable sens de la liquidité, dans un arrêt de cassation de 1851 qui déclare liquides les dettes réciproques de deux entrepreneurs ayant effectué des travaux l'un pour l'autre. Il suffira, dit la Cour, de régler le compte à intervenir. Mais, en vérité, est-ce que dans ce règlement les plus graves difficultés ne peuvent pas se présenter, difficultés de nature à modifier très sensiblement les dettes respectives des deux entrepreneurs ? Il nous semble que s'engager aussi avant dans cette voie c'est tendre à supprimer l'exigence de la liquidité pour dettes de principe incontesté.

La vérité est que toutes ces décisions de jurisprudence et bien d'autres que nous étudierons dans le détail tendent à permettre la compensation des dettes non liquides.

Mais ne peut-on pas, en l'absence de la liquidité des dettes, et s'appuyant sur l'intention des parties, déclarer franchement qu'il peut y avoir compensation malgré l'illiquidité ? Ceci est à examiner et à adopter d'après nous.

Peut-on (nous estimons que non) donner au mot liquidité en matière de compensation un sens plus extensif, confondre liquidité et liquidation facile ?

On l'a soutenu. Mais on a tort (les exemples donnés plus haut le prouvent) on a tort de déclarer alors que les deux dettes sont, en principe, vraiment liquides. Et, une fois engagé sur cette route, on altère de plus en plus le sens du mot liquidité ; on tend à supprimer la notion exacte de la dette liquide. Pour arriver à la liquidation on fait abstraction de la liquidité.

Rappelons une dernière fois qu'il ne peut y avoir de liquidité en présence d'une dette incontestable dans son principe et dès maintenant déterminé dans son étendue.

SECTION II

COMPENSATION

MM. CUCQ. — Les institutions juridiques des Romains, pages 273-275.

DEMOLOMBE. — Tome XXIV, pages 366-370.

FREMEY. — Etudes de Droit commercial, pages 375-385.

GIRARD. — Manuel élémentaire de Droit romain, pages 682 et suivantes.

MOURLON. — Tome II, n° 1453, pages 815-821.

SALEILLES. — Essai d'une théorie générale de l'obligation, d'après le Code civil allemand, n°s 55-64.

THALLER. — Les faillites de droit comparé, Tome II, pages 38-41.

Nous savons ce qu'est une dette liquide. Avant que de rechercher les rapports qui unissent la liquidité et la compensation, il importe de préciser la notion de dette compensable.

Nous sommes respectivement débiteur et créancier ; vous me devez et je vous dois. La première, et, semble-t-il, bien simple idée qui vient à l'esprit est celle-ci : Faisons la différence si les dettes sont inégales, soyons quittes, si les deux dettes sont égales. Cela est bien naturel, et l'esprit est à première vue satisfait. A supposer du moins que nous soyons tous deux en mesure de réclamer de suite

notre dû (dettes exigibles) car cette façon mathématique de procéder entraîne paiement immédiat, réciproque et abrégé. A supposer encore que nous n'ayons aucune contestation légitime à soulever sur l'existence de notre dette (certaine). A supposer peut-être que nous n'ayons non plus aucune contestation à soulever sur l'étendue de la dette (dette liquide) : on comprendra que nous n'insistions pas pour le moment, sur ce point qui est l'objet même de notre étude. A supposer enfin et certainement que nos deux dettes portent sur des quantités susceptibles d'être soustraites l'une de l'autre, pouvant se remplacer mutuellement l'une par l'autre (fongibles). Cette dernière condition est d'évidence : comment me déclarer quitte du cheval ou de la ferme que je vous dois sous prétexte que de votre côté vous me devez un bœuf ou une maison ? Pas plus on n'additionne des quantités dissemblables, pas plus, en droit, on ne soustrait on ne compense des dettes non fongibles.

Mais enfin, si de suite, sans contestation, nous sommes tous deux en mesure de nous réclamer la même chose, de l'argent par exemple ; si vous me devez 100 francs et que je vous en doive cinquante, la première idée qui se présente à l'esprit, c'est d'établir la balance de nos comptes, sans tarder et de plein droit ; (compensation l'égale). Qui blâmera le

législateur d'avoir écrit dans l'article 1290 C. civ. :
« les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'ins-
tant où elles se trouvent exister à la fois jusqu'à
concurrence de leurs quotités respectives » ?

D'autant mieux, peut on ajouter, dans le sens de
la défense de cette idée de la compensation effectuée
par la vertu de la loi, d'autant mieux qu'en effet
cette compensation est tout à la fois utile et juste.
Elle est utile, puisqu'elle abrège les opérations du
paiement, en supprimant un circuit de procédure,
toujours long et coûteux : *«quia interest nostra potius
non solvere quam solutum repetere»*. Elle est juste,
puisque'elle évite à celle des parties qui serait obligée
de payer la première le risque immérité de l'insol-
vabilité de l'autre.

N'apparaît-il pas tout à la fois logique, pratique
équitable de reconnaître à la loi pouvoir d'opérer
extinction simultanée des deux dettes compensables ?

Et cependant on peut très légitimement soutenir
que ce système simpliste n'a de l'équité que les appa-
rences. De quel droit m'impose-t-on à moi le débi-
teur, l'obligation de supporter que, sans que j'en
sache rien, sans que j'y aie jamais consenti, ma dette
se trouve *ipso facto* réglée ? Sans doute, si je m'avise
de réclamer ce qui m'est dû, de votre part vous pour-
rez protester que je n'ai pas payé ce que je devais, mais
tant que je ne réclame rien, pourquoi me contraindre

à payer en temps très inopportun peut être ? Si mon créancier veut être payé, qu'il me poursuive, la loi ne doit point s'arroger la faculté de régler d'autorité la comptabilité des particuliers. Et l'objection s'accroît encore dans le cas où les deux dettes sont inégales ; c'est alors à recevoir un paiement partiel imposé que se trouve contraint le créancier de la somme la plus forte, Cette façon de l'obliger à recevoir et en monnaie fictive, un à compte sur ce qu'on lui doit n'autorise-t-elle de sa part aucune critique ?

Ces observations n'ont d'autre but que de laisser entrevoir comment des systèmes théoriques nombreux peuvent être et ont été en fait construits pour déterminer quelle doit être sur le paiement de l'obligation par le débiteur l'influence de la coexistence parallèle à son profit d'une créance à l'encontre de son créancier.

Ce serait entreprendre une étude bien au-dessus de nos forces et d'ailleurs hors de propos que d'en essayer l'analyse. Nous voulons seulement, en quelques traits aussi accusés que possible, dire comment la compensation fut comprise à Rome, comment elle l'est dans le Code civil allemand, obligatoire depuis le 1^{er} janvier 1899, et rappeler sa physionomie générale dans notre droit français actuel.

I. Rome. — Jamais les Romains n'ont accepté l'idée d'une compensation opérant règlement de compte par voie d'extinction légale des deux dettes. Ils se sont bornés à fermer au créancier qui était de son côté débiteur, à lui fermer au nom de l'équité, et par le détour de l'exception la voie de l'action en justice. Il serait injuste d'exiger paiement de qui est d'autre part mon créancier. Nos deux droits, nos deux actions existent, mais l'exception les neutralise.

C'est dire que le droit romain de la première époque, sous la procédure des actions de la loi, devait ignorer la compensation, puisqu'il ignorait le moyen de paralyser un droit, sans le détruire, en opposant un obstacle d'équité par exemple à son exercice. Chaque rapport de droit était sanctionné par une action et les divers rapports de droit n'exerçaient l'un sur l'autre aucune influence ; chacun produisait ses effets dans sa sphère particulière. Le juge n'avait donc à s'occuper que du point de savoir si oui ou non le créancier qui s'adressait à lui était bien créancier ; si oui, il avait eu raison de fournir le *sacramentum* pour affirmer l'existence de la créance. Qu'importait, qu'à côté, il fut débiteur de la même personne en vertu d'un autre rapport de droit :

cette autre question ferait l'objet d'un nouvel examen dans un autre procès. C'est le principe de l'unité de question qui dérive du formalisme primitif.

Quand plus tard fut admise, dans certains contrats, l'interprétation équitable de la volonté des parties ; quand le juge, au lieu de faire porter son examen sur l'observation ou la non observation des formalités créatrices du droit, put l'étendre à la recherche de l'intention vraie des parties contractantes, et reconnaître par là l'existence possible d'obligations réciproques nées d'un seul contrat, le rôle de la compensation put alors se comprendre. Il n'était pas, il ne pouvait pas être dans l'intention de l'une quelconque des parties de s'engager à exécuter les obligations dérivées du contrat, si l'autre partie n'exécutait pas les siennes découlant elles aussi du même contrat. Et dès lors, deux rapports de droit dérivés de la même source et constituant les parties respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, purent être mis en regard et opposés en compensation devant le juge chargé de régler *ex-æquo et bono* tous les liens de droit nés *ex eadem causâ*.

Plus tard enfin, il fut reconnu, et Marc Aurèle consacra l'innovation que c'était violer l'équité que de réclamer son dû, fût ce en vertu d'un rapport de droit enserré dans les liens étroits du formalisme, alors que soi même on était débiteur. Et le juge put

sur insertion de l'exception de dol, se refuser à accorder condamnation contre un défendeur qui pourrait établir de son côté, une créance contre le demandeur, de quelque source d'ailleurs que cette créance émanât.

Ces principes essentiels n'ont jamais été modifiés et ce n'est pas ici le lieu de prouver que Justinien n'y a pas porté atteinte en déclarant que la compensation opérait *«ipso jure»*.

En résumé, donc, d'après le droit romain, le seul fait de la coexistence de deux dettes, à la charge et au profit respectif des deux mêmes personnes, ne suffit pas à en opérer le règlement. Mais, si l'un des bénéficiaires s'avise d'agir en justice, il n'obtient pas condamnation, car c'est froisser l'équité, que de prétendre se faire payer une créance sans payer sa dette.

II. Allemagne. — Avec le projet de Code civil allemand nous en venons maintenant à une toute autre conception de la nature de notre institution. Ce n'est plus, comme à Rome, par la voie d'un appel à l'équité, appel adressé à l'autorité judiciaire que la compensation s'invoque; elle se réclame, en dehors de toute intervention de la justice, comme un droit et par voie de déclaration unilatérale de volonté. Et si elle est ainsi, non plus une faveur d'équité, mais un *droit* qui s'affirme, c'est que la législation nouvelle estime que le fait pour le créancier d'être à son tour et de son côté débiteur, que le fait de l'existence d'une dette en la personne du créancier constitue pour sa créance une véritable sûreté et lui donne le droit *de se payer avec ce qu'il doit*. Sa dette est pour lui sa meilleure couverture : pour se payer de sa créance, il a un moyen bien simple qui est de ne pas payer sa dette.

Donc deux traits caractéristiques à la compensation allemande : 1° Elle constitue une véritable *sûreté*, elle n'est pas une faveur d'équité; elle appartient au régime juridique des sûretés ; 2° Elle peut être invoquée par l'une et par l'autre des parties et par voie de déclaration unilatérale de volonté.

Et de ces deux traits caractéristiques de notre institution le second n'est, en vérité, qu'un corollaire du premier; il est clair, en effet, qu'une sûreté existant entre nos mains doit pouvoir être invoquée comme un droit nous appartenant en tout état de cause et sans aucune condition préalable. Et d'un autre côté, comme ce droit, comme cette sûreté existe aussi bien au profit de l'une que de l'autre des deux personnes respectivement créancières et débitrices, on conçoit que l'une aussi bien que l'autre soit fondée à invoquer ce droit, à se prévaloir de cette sûreté; on conçoit par conséquent que la compensation s'opère par une déclaration unilatérale de volonté, déclaration émanée de l'un quelconque des débiteur-créancier.

L'idée essentielle à dégager est donc la suivante : la compensation est une sûreté dont chaque partie est en droit de se prévaloir. Elle s'oppose nettement à l'idée essentielle du système romain qui considérait la compensation comme un tempérament d'équité dont la partie en justice demandait le bénéfice.

Il importe aussi de remarquer que la compensation ainsi comprise comme sûreté garantissant une dette, s'analyse en un véritable paiement, en une libération : le débiteur s'affranchit de sa dette en renonçant à exercer sa créance. Et, de plus, ce paiement

est un paiement forcé, et ce peut être un paiement partiel. Aussi comprend-on les hésitations de certains romanistes allemands, de Windscheid notamment, à accepter pareille transformation dans la façon de concevoir la compensation. On aboutit, en effet, à permettre à l'un des deux débiteurs, à la fois créanciers l'un de l'autre, *d'imposer* à l'autre un paiement et peut-être un paiement partiel. Ce sont là des conséquences regrettables, d'autant plus que ce ne sont pas les seules critiques qui se peuvent adresser à la théorie allemande. Est-il, en effet, bien naturel de déclarer que le seul fait pour un créancier d'être par hasard peut être, débiteur en même temps qu'il est créancier, que ce seul fait de l'existence de cette dette lui donne un droit acquis, à se servir d'elle comme d'une valeur destinée à le payer. Il peut paraître commode au créancier de se considérer, par ce que débiteur, comme assuré d'être payé de sa créance, en ne payant pas de son côté sa dette. C'est là, en effet, un moyen des plus simples. Est-il bien juridique ?

Vous me devez de l'argent : y a-t-il là une raison suffisante pour que je puisse, en droit, m'interdire énergiquement à moi-même de vous compter l'argent que je vous dois d'autre part ? Quel est donc l'appui juridique qui valide cette saisie arrêt, cette main mise sur ma propre dette ? Cette façon de se payer

de ce qui est son dû en s'emparant dans son propre patrimoine de ce qu'on doit et en liquidant ainsi le compte est plus énergique comme sûreté que celle qui consiste à se refuser à payer tant qu'on ne sera pas soi-même payé (rétention) C'est plus que retenir en gage ce que l'on doit pour contraindre au paiement de ce qui nous est dû ; c'est réaliser ici le gage lui-même et se payer avec sa dette ; c'est se payer d'une dette en ne payant pas la sienne. Il y a droit de rétention renforcé. Et cependant déjà le droit de rétention ne s'exerce que pour dettes connexes. Et voilà que la compensation, sûreté plus forte, va pouvoir devenir un moyen de payer toutes dettes, fussent-elles non connexes.

Nous ne voulons pas pour l'instant insister davantage sur ce point. Nous aurons l'occasion de préciser ces notions en les éclairant d'applications pratiques, quand nous ferons l'étude de notre jurisprudence française, dans la seconde partie de notre travail.

Nous voudrions seulement, pour l'instant, indiquer très rapidement comment le droit allemand a été amené à s'écarter de la conception romaine qui voyait dans la compensation judiciaire un tempérament d'équité laissé à la discrétion arbitraire du juge pour se rallier à la conception plus hardie qui voit dans la compensation œuvre de la volonté

de l'une quelconque des parties, le moyen pour celui qui l'invoque de se garantir en se payant sur lui-même, avec sa dette, contre tout risque de non-paiement.

C'est tout d'abord Azo qui déclare que la compensation n'est ni l'œuvre de la loi, ni l'œuvre du juge : elle doit dériver des parties, du fait de l'homme. C'est ensuite Doneau qui, textuellement nous dit ; « La compensation s'opère lorsque l'un
« des débiteurs prend l'initiative de payer son
« créancier avec les valeurs que celui-ci lui doit. » L'idée était dès lors née de la compensation envisagée comme sûreté. Il appartient à Brinz de dégager cette notion de garantie de paiement ; de rapprocher compensation et rétention. Il appartient enfin aux jurisconsultes allemands les plus récents de poser la présomption que nous critiquions tout à l'heure, présomption en vertu de laquelle il existe un rapport de cause à effet et non une simple coïncidence dans le fait de la coexistence des deux dettes. Nous voulons dire que l'on présume que c'est pour avoir une sûreté que le créancier contracte une dette. J'ai un marchand pour débiteur ; je lui achète des marchandises et deviens par là son débiteur. Je me paierai en ne le payant pas. Nous répétons, et c'est le point faible de la théorie allemande, que cette conception que les faits peuvent

confirmer n'est pas exacte dans la majorité des cas.

Mais quoi qu'il en soit, c'est bien là l'idée du système allemand, et la compensation est un moyen de se payer d'une dette en ne payant pas sa propre dette. C'est une garantie de paiement sûrement efficace.

Venons en à la conception française de la compensation légale.

III Code civil français — Nous n'avons pas à rechercher comment et par suite de quelle fausse interprétation d'un texte de Justinien, notre législateur a été amené au système d'une compensation opérant *ipso jure*, par la seule force légale du texte qui la fait dériver de la coexistence de deux dettes certaines liquides et exigibles. Nous n'avons pas davantage l'intention de faire l'historique de la compensation dans notre ancien droit français, d'expliquer sa nature dans les pays de droit écrit, de montrer comment dans les pays de coutume on passe peu à peu du principe de Loysel « Une dette n'empêche pas l'autre. » A celui de la Coutume de Paris (rédaction de 1580) : « Compensation a lieu « d'une dette claire et liquide à une autre pareille-
« ment claire et liquide et non autrement ». Nous voulons simplement faire remarquer que ces hésitations de notre ancienne législation relativement à la nature et aux effets de la compensation doivent une fois de plus nous mettre en garde contre une tendance naturelle de l'esprit à accepter, sans examen, comme la meilleure, la conception très simple de notre code qui déclare quittes sans plus d'examen deux personnes qui sont respectivement débitrices l'une de l'autre. Nous savons du reste que

cette conception avait été rejetée aussi bien par la législation romaine qu'elle l'est de nos jours par la législation allemande. Et nous n'avons plus à répéter que s'il est rapide et commode d'introduire ainsi la fiction de deux paiements légalement supposés il peut paraître fâcheux de recourir de la sorte à la fiction de deux paiements légalement imposés, notamment dans l'hypothèse de deux dettes de valeur inégale.

Mais gardons bien de croire que la loi impose d'une façon tyrannique aux deux parties créancières et débitrices l'une de l'autre cette manière abrégée et pour ainsi dire automatique d'effectuer le paiement. Ce n'est que sauf convention contraire de leur part qu'elle opère règlement par voie de compensation. Et cette convention n'a même pas selon nous besoin d'être expressément passée entre les parties devenues respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. Elle peut résulter de l'ensemble des circonstances qui créent entre les parties des rapports juridiques réciproques. La loi procède d'autorité sans doute, mais elle n'exerce son autorité qu'en l'absence de volonté contraire des contractants. Elle interprète leur silence comme un acquiescement : qui ne dit mot consent. Mais les articles 6 et 1.134 du Code civil sont toujours là pour nous dire que la convention fait la loi des parties, et que la loi res-

pecte tout accord des volontés qui n'est pas contraire à l'ordre public. Libre aux initiatives individuelles de manifester leur activité, de l'exerce, dans le sens qui leur paraît le plus convenable pourvu que les manifestations de leur volonté, pourvu que l'exercice de leur activité ne contrarient pas la marche générale, la direction d'ensemble que le législateur entend imposer à la société.

Sans doute, en l'absence de déclaration de volonté contraire de la part des parties, le législateur a ses préférences. Il régleme la succession des particuliers, et c'est la succession *ab intestat*, l'ordre légal des héritages ; mais il s'incline devant le testament qui lui révèle la volonté du défunt et son interprétation de volonté présumée cède le pas à l'intention contraire exprimée par le défunt. Il dresse de même le contrat de mariage des époux ; mais si la communauté légale était en 1804 son régime préféré, il n'a jamais empêché les époux d'adopter tel régime matrimonial (fût-ce le régime dotal) qui leur paraissait convenable. Il accorde à la femme mariée une garantie légale hypothécaire, il lui propose une protection particulière destinée à servir de contre-poids au pouvoir considérable du mari sur les biens communs, mais si la femme majeure entend renoncer à cette protection légale,

si elle désire le retour au droit commun, le législateur ne lui interdit pas la renonciation à l'hypothèque légale et la pratique a très largement profité de la faculté que la loi conférait à la femme. De même encore l'article 1251, du Code civil établit en faveur de certains tiers qui payent la dette d'autrui un bénéfice de subrogation légale aux droits et actions du créancier qu'ils consentent à désintéresser; mais libre à eux de renoncer à ce bénéfice légal qui leur est accordé sans qu'ils le demandent, mais qu'ils peuvent aussi repousser purement et simplement, ou dont ils peuvent faire attribution à qui bon leur semble. En deux mots, le législateur français édicte les règles qui lui paraissent le mieux répondre à l'intention des parties, mais il laisse aux parties le droit de les modifier si bon leur semble, réserve faite du maintien des principes destinés à assurer, dans l'intérêt de tous, la bonne marche générale de la société, réserve faite de la notion de l'ordre public.

Eh bien, en notre matière de la compensation, jamais le législateur n'a pu déclarer qu'il entendait imposer aux deux parties qui s'y refusaient le paiement forcé et partiel que la compensation implique. C'est déjà beaucoup qu'à l'insu ou malgré l'une des parties, l'autre soit obligée de subir l'extinction fictive de sa dette. Ce serait assurément trop que le

consentement simultané des deux parties fût impuissant à empêcher une compensation qu'il n'entre pas dans leur intention de voir s'opérer.

En deux mots, l'accord des deux intéressés peut empêcher la compensation de s'opérer ; la compensation n'est pas impérative ; elle n'est qu'interprétative de la volonté des parties. Tirons-en cette conséquence, fort importante pour l'objet de notre étude, comme on le verra par la suite, que le législateur en édictant la compensation met la volonté des parties au dessus de sa volonté à lui. C'est en définitive l'intention des parties qui est la loi : cette intention peut contrecarrer les dispositions législatives qui la contrarient. Réserve faite des droits acquis aux tiers, droits que l'intérêt général, que l'ordre public, commandent de respecter.

De ce caractère purement interprétatif de volonté que revêt la compensation légale, nous trouvons preuve dans les textes. Nous n'en voulons ici examiner que deux : l'article 1295 qui suppose une renonciation conventionnelle à la compensation ; l'art. 1291 qui suppose que la loi elle-même présume la renonciation à compensation de la part des parties : toutes les conditions légales pour que la compensation se produise sont réunies et cependant la loi elle-même se refuse à l'opérer, car elle sait bien que l'intention des parties s'oppose à ce que la compensation s'effectue.

1° **L'article 1295.** Cet article suppose deux personnes respectivement débitrices et créancières l'une de l'autre. Et cependant il autorise l'un des créanciers à céder sa créance à un tiers si toutefois le débiteur y consent. « Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant... » Ainsi cela est entendu, la compensation est toute prête à s'opérer ; les conditions requises pour son existence sont remplies. Si la loi était une loi impérative, d'ordre public, elle donnerait un ordre, celui d'opérer la compensation, ou plutôt elle le réaliserait d'office. Mais la loi des compensations n'est pas une loi écrite par un législateur qui veut être à toute force obéi ; elle est une loi proposée par le législateur qui interprète la volonté latente des particuliers, qui agit dans leur intérêt personnel, qui leur permet de manifester leur sentiment vrai, fût-il contraire au texte législatif.

Les articles 1290 et 1295 se complètent donc l'un l'autre : l'art. 1290 constate que la loi opère d'elle-même la compensation ; l'art. 1295 nous permet d'ajouter : si mieux n'aiment les parties en décider autrement.

2° Article 1291. — Et d'ailleurs, dans un cas particulièrement favorable, le législateur prend sur lui, sinon de déclarer expressément, du moins de laisser entendre que malgré la réunion des conditions requises pour la compensation, celle-ci ne pourra pas s'opérer, car l'intention des parties est sûrement qu'elle ne s'opère pas.

On sait que les dettes qui ont pour objet une somme d'argent peuvent se compenser avec les dettes non contestées qui ont pour objet des denrées dont le prix est réglé par des mercuriales. Eh bien, que l'on suppose une vente de trente mesures de blé de telle qualité, moyennant une certaine somme d'argent. Liquidité, exigibilité, fongibilité, toutes les conditions requises se rencontrent pour opérer la compensation. Va-t-on dire que la vente de denrées dont le prix est fixé par les mercuriales est rendue impossible par le législateur ? Cette idée ne soutient même pas l'examen.

Pareille vente est sûrement reconnue par le législateur comme valable ; ce qui démontre que la réunion des conditions requises pour qu'il y ait compensation n'est pas suffisante pour opérer compensation si les parties ont exprimé l'intention contraire d'une manière expresse ou même tacite. Ce qui prouve une fois encore le caractère interprétatif de volonté de notre compensation légale.

Il importait d'insister sur ce caractère et de montrer que la compensation est l'œuvre présumée des parties ; car nous sommes appelé dans l'étude de notre condition de liquidité à invoquer souvent cette idée que la compensation légale est une compensation conventionnelle tacite, idée parfaitement conforme à la conception individualiste du législateur de 1804 qui voyait dans ses prescriptions non pas l'expression de sa volonté personnelle, mais l'interprétation de la volonté vraisemblable des citoyens.

Les conditions générales exigées pour que la compensation puisse se produire en droit français sont donc les suivantes :

1° Que les deux dettes aient pour objet des choses fongibles entre elles ;

2° Qu'elles soient liquides ;

3° Qu'elles soient exigibles ;

4° Que chaque partie soit et personnellement et principalement créancière et débitrice de l'autre ;

5° Qu'aucune renonciation à la compensation ne soit ou expressément ou tacitement convenue d'accord entre les parties.

C'est sur la condition de liquidité que nous allons désormais faire porter exclusivement notre effort.

SECTION III

LIQUIDITÉ & COMPENSATION

MM. CUJAS. — Liv. 8 cap. XVI et liv. 15, cap. XII.

GARSONNET. — Traité élémentaire des voies d'exécution, page 62, n° 79.

GIRARD — Manuel élémentaire de droit romain, pages 682 et suiv.

SALEILLES. — Op. cit., pages 45-50.

Nous avons essayé de dégager la notion de dette liquide, d'une part, la notion de dette compensable d'autre part. Après avoir ainsi étudié d'une façon séparée la liquidité et la compensation nous devons essayer de se faire pénétrer l'une et l'autre liquidité et compensation, nous demander le rôle que joue la liquidité envisagée dans ses rapports avec la compensation.

La question peut donc être posée en ces termes : Est-il nécessaire et dans quelle mesure est il nécessaire qu'une dette soit liquide pour être compensable ?

Il importe tout d'abord de remarquer que l'illiquidité ne constitue certainement pas un obstacle définitif à la compensation ; quand une fois il aura été

procédé à la liquidation de la dette pour l'instant non liquide, à ce moment là la compensation deviendra sans doute possible. Il semble dès lors que le créancier ait un moyen bien simple d'obtenir la compensation, même si sa dette n'est pas liquide : c'est de faire procéder par la justice, par voie de demande reconventionnelle, à la liquidation de sa dette ; dès lors l'obstacle qui s'opposait à la compensation est levé et, la dette devenue liquide, il ne restera plus qu'à opérer la compensation. En quoi donc la non liquidité peut elle nuire à la compensation et d'où vient la difficulté de notre sujet, puisque une simple évaluation judiciaire du montant de la dette suffit à lever l'obstacle que la liquidité peut opposer à la compensation et puisque « par voie de compensation judiciaire » le créancier obtiendra la balance des comptes qu'il désire ?

C'est qu'il importe beaucoup de savoir si la compensation s'est opérée de suite, au moment où co existaient les deux dettes non liquides, ou bien, au contraire, si la compensation ne s'est opérée que postérieurement, après l'évaluation faite par le juge, des dettes jusque là non liquidées. Faut-il tenir compte de l'intervalle de temps nécessaire au juge pour liquider les dettes ? C'est alors lui, juge, qui crée et opère la compensation. — Faut-il au contraire négliger l'intervalle de temps qui s'est écoulé entre

la coexistence des dettes et leur liquidation par le juge ? Le juge alors se contentera de reconnaître et de constater une compensation préexistante : il déclarera que la compensation existait déjà au jour de la coexistence des deux dettes, et la liquidation des dettes qu'il effectuera aura dès lors un effet rétroactif ; elle remontera jusqu'au jour où pour l'existence simultanée de deux dettes exigibles et ayant le même objet, la compensation s'opérait.

En deux mots voici la portée exacte de la question qui fait l'objet de notre présente étude :

Quand deux dettes réunissent toutes les conditions requises pour se compenser, sauf la liquidité, la compensation se produit-elle « immédiatement » malgré l'illiquidité, ou la compensation ne se produit-elle « qu'après coup », qu'après que le juge a définitivement liquidé les deux dettes ?

Ce sont les intérêts pratiques divers de cette question que nous aurons à examiner dans la seconde partie de notre travail. Pour l'instant, bornons-nous à dire que ne serait-ce qu'au point de vue de la question du cours des intérêts, suspendu s'il y a compensation, non suspendu dans le cas contraire, notre sujet offrait déjà un sérieux intérêt suffisant en tous cas pour légitimer l'examen théorique forcément abstrait, auquel nous devons maintenant nous livrer.

Eh bien donc, dans quelle mesure l'absence de liquidité des dettes empêche-t-elle la compensation de se produire ?

Il n'est pas possible, on le comprend de fournir une réponse uniforme à pareille question ; tout dépend de l'idée que l'on se fait de la compensation elle-même. Et de la même manière que nous avons renoncé à faire sur la compensation une étude qui tendit à en rechercher la nature, nous bornant à exposer les principes admis à Rome, en Allemagne et en France, de la même manière nous nous contenterons de rechercher l'influence du défaut de liquidité des dettes en nous plaçant dans le système de la compensation allemande, dans le système de la compensation française.

§ I. — Système de la compensation romaine

Il importe ici d'établir avec précision des distinctions d'époque. Nous ne nous plaçons évidemment pas à l'époque des actions de la loi : il est interdit aux plaideurs de poser au juge plus d'une question ; le débiteur pour moi peut contester l'existence ou le maintien de sa dette, il ne peut pas formuler pour se défendre une prétention rivale, il ne peut pas invoquer par exemple sa qualité de créancier pour s'autoriser à ne pas payer. Ce « dérobé » qu'implique l'exception de dol n'est pas encore autorisé. A l'inverse nous réservons pour l'instant l'étude de la Constitution de Justinien qui règle notre matière de la liquidité. Nous notons en passant que le droit romain a été la législation d'où notre système de compensation légale a tiré son origine : non que le droit romain ait positivement connu la compensation s'opérant par la vertu seule de la loi ; mais progressivement il admit la compensation forcée dans des cas de plus en plus larges : citons la compensation de « *l'argentarius* », la matière des impenses dotales (*impensæ necessariæ minuunt ipso jure dotem*) et des solutions analogues en matière de pécule. (Loi 30 pr. D. liv. 19, titre I^{er} : *ipso jure minutum peculium*).

Mais pour apprécier le véritable esprit de la législation romaine en notre matière de la liquidité, il faut se placer à l'époque où non seulement le défendeur put invoquer une créance née de la même opération synallagmatique, *ex eadem causâ* ; où non seulement le défendeur, put dans les contrats de droit strict (Rescrit de Marc-Aurèle), invoquer une créance née d'un autre acte juridique (*ex dispari causâ*) mais à l'époque où le défendeur put, dans tous les contrats, invoquer contre le demandeur une créance provenant d'une source quelconque.

Il le fait par le mécanisme de l'exception de dol. C'est qu'alors la bonne foi est le principe directeur de la vie romaine publique et privée. C'est que le juge remplace l'arbitre originellement choisi par les parties ; c'est un délégué de l'empereur *qui vice principis cognoscit et judicat* : il dit le droit et l'équité. Il a maintenant assez d'envergure pour embrasser les différentes phases d'un procès, pour examiner les divers aspects de la question qui lui est soumise ; le formalisme ne l'enserme plus dans les limites d'une simple réponse affirmative ou négative ; dès lors la compensation est possible, à Rome, et elle est basée sur le vieil adage *Dolo facit qui petit quod redditurus est*.

Et le juge a un pouvoir très large pour apprécier s'il y a ou non dol. Le demandeur peut parfaitement

commettre un dol en intentant son action, alors que le défendeur a contre lui une créance non liquide peut-être, mais d'existence certaine et de quotité égale ou supérieure incontestablement. Ce serait vain esprit de chicane que d'alléguer que le montant est inconnu, alors que, de toute façon, il est assez élevé pour annuler la créance du demandeur ! Sans doute, à l'inverse, ce serait aussi vain esprit de chicane de la part du défendeur que d'aller à la fin du débat susciter tout d'un coup une difficulté pour l'allégation d'une créance incertaine dans son montant équivoque et de liquidation pénible. Ce n'est donc pas, en principe, une circonstance de pur fait, due au hasard, comme le défaut de liquidité qui peut être en elle-même un obstacle à la compensation. Elle ne l'empêchera que si le trouble apporté à la marche de l'instance par la nécessité d'une liquidation difficile, constitue de son côté une cause de préjudice sérieux pour le demandeur retardé dans sa légitime réclamation.

Et le droit romain de l'époque classique devait d'autant moins exiger la liquidité comme condition essentielle à la compensation, que le mécanisme même de la procédure de l'exception de dol amenait le juge à procéder de lui-même à la liquidation des deux dettes respectives ; à mettre fin par conséquent à l'obstacle prétendu résultant du défaut de liquidité.

En effet, l'exception était une condition opposée à la condamnation qui invoquait un droit rival, parallèle au droit du demandeur. Le juge, en notre matière de compensation, devait condamner le défendeur, à moins que, de son côté, il n'établît un droit symétrique au droit du demandeur.

Et pour la vérification de cette condition insérée dans la formule elle-même par le prêteur, sur la demande de l'adversaire, le juge avait les mêmes pouvoirs que pour la vérification de la demande elle-même. Le juge de l'action était et était au même titre juge de l'exception. Or, il est un principe bien connu et qu'il suffit de rappeler : c'est que le juge romain saisi d'une demande, avait de par la formule, le droit d'en apprécier le montant, d'en faire l'estimation pécuniaire *quanti ea res erit, iudex condemna* : la formule son guide le chargeait donc de liquider la créance invoquée. Elle lui donnait, avons nous dit, mêmes pouvoirs relativement à la créance que le défendeur opposait en compensation : il rentrait donc dans les attributions naturelles du juge, en vertu du principe même que toutes les condamnations, à Rome sous le système de la procédure formulaire, sont des condamnations pécuniaires, il rentrait donc dans son rôle, d'arbitrer, de liquider les créances compensables. Et la liquidité n'était pas, par elle-même un obstacle à la compensation.

Nul texte ne mentionne, au surplus, l'exigence de cette condition de liquidité et c'est un argument qui a sa valeur si l'on songe qu'à l'époque où la compensation avait fait son apparition le vieux formalisme avait laissé des traces assez profondes : les romains n'auraient pas omis de mentionner cette condition au nombre de celles requises pour la compensation.

Nous n'aurions même pas discuté l'opinion adverse aujourd'hui unanimement rejetée si Cujas, qui la soutient, n'avait invoqué à son appui un texte que nous tenons à citer, parce qu'il nous permettra de préciser les rapports qui unissent la dette alternative à la théorie de l'illiquidité. Ce texte forme le fr. 22 au titre de *compensationibus*. Il nous dit : « Si tu es débiteur d'une obligation alternative ayant pour objet dix mille, la compensation de cette dette n'est possible que si l'adversaire fait ouvertement son choix. » Et Cujas de dire : La dette alternative est illiquide, ne peut-être compensée. La réponse est simple. De ce qu'une dette illiquide, l'alternative ne puisse être compensée, il ne s'ensuit pas que toute dette illiquide soit impossible à compenser. Si la dette alternative ne peut donner lieu à compensation, c'est que son objet n'est pas encore connu avant que le choix soit exercé. Comment dès lors apprécier une créance pour la compenser

avec une autre, si l'on n'en connaît pas l'objet. Aussitôt l'objet déterminé, la compensation *même si cet objet n'est pas liquide* va devenir possible, le texte le dit de la façon la plus expresse.

Voilà donc qui nous permet de conclure que la liquidité n'était pas exigée pour opérer compensation à l'époque du droit romain classique. Ajoutons que si Justinien a cru devoir dans la loi 24 f. 1 Code de *compensationibus* exiger que « *causa ex qua compensatur liquida sit* » c'est qu'auparavant cette exigence n'existait plus. Cela est d'autant plus certain que l'empereur se plaint des nombreuses compensations invoquées au sortir d'un débat, lorsque la prétention du demandeur se trouve justifiée et que l'adversaire, sur le point de succomber, cherche en opposant une créance douteuse à une dette avérée et manifeste, à éviter par cet expédient plein de lenteurs, une condamnation certaine. Cette Constitution de Justinien prouve donc jusqu'à l'évidence que la liquidité n'était pas exigée à l'époque classique ni même avant Justinien. Mais sans vouloir entrer dans de longs détails, disons que des termes mêmes employés, il résulte que, dans le droit de Justinien, la liquidité n'était pas davantage une condition *essentielle* à la compensation. C'est à la vigilance des juges qu'il fait appel, il n'indique pas à quelles conditions légales impératives la com-

pensation pourra être opposée ; il n'interdit pas aux juges devant lesquels on oppose en compensation des dettes qui, au premier coup d'œil, n'apparaissent pas liquides, de les compenser, il leur recommande seulement de n'opérer la compensation qu'au cas de liquidation prompte. Il n'est pas équitable, sans doute d'empêcher la compensation d'une façon absolue sous un vain prétexte d'illiquidité ; il ne serait pas équitable d'enrayer la marche de la procédure en opposant des créances complexes et d'une liquidation épineuse.

Nous pouvons conclure hardiment qu'en droit remain, à aucune époque, la liquidité n'a été une condition en l'absence de laquelle toute compensation était rendue impossible.

§ II. — **Système de la compensation allemande.**

Nous nous trouvons ici en présence d'une conception toute différente de la nature de la compensation. Disons de suite que la liquidité demeure complètement étrangère à la théorie de la compensation. Elle était, à Rome, une condition facultative pour le juge chargé de compenser; dans la législation allemande la question de liquidité ne se pose pas : deux dettes réciproques exigibles et d'objet identique se compenseront toujours sur déclaration de l'une des parties, que les dettes soient ou non liquides. Il s'agit de justifier cette solution. Et elle se justifie par la nature même de la compensation allemande.

Ce n'est plus à l'équité du juge qu'il est fait appel. Le débiteur créancier qui invoque la compensation réclame un droit strict. Débiteur, il s'interdit à lui-même le paiement par ce que ce paiement compromettrait la créance qu'il peut invoquer d'autre part ; s'il est devenu créancier c'est par ce qu'il comptait sur ce moyen d'obtenir paiement, c'est qu'il était résolu à ne pas payer sa dette pour se payer de sa créance. Donc envisagé comme débiteur, le débiteur créancier réclame un droit en compensant, il exerce une sûreté; exactement, il saisit arrête sur lui-même

ce qu'il doit et se remplit par là de ce qui lui est dû — Envisagé comme créancier, il renonce à ce qui lui est dû — ou plutôt il se paie avec l'argent qu'il doit : c'est donc la « même saisie-arrêt de la somme qu'il doit » qui lui permet, comme débiteur, de ne pas payer et, comme créancier, d'obtenir son paiement, en monnaie de compensation.

Nous sommes donc, en un mot, en présence d'un paiement par voie de saisie-arrêt sur soi-même. Or, le bon sens nous dit qu'en présence d'un droit ferme à invoquer, il est impossible de s'arrêter devant un obstacle de pur fait comme le défaut de liquidité qui résulte de circonstances fortuites et accidentelles. Comment subordonner l'efficacité du *droit* à l'allégation d'un simple moyen de *fait* toujours facile à mettre en avant mais le plus souvent inspiré uniquement par l'esprit de chicane.

C'est ce que, dans notre droit français, nos auteurs anciens avaient déjà parfaitement compris en matière de saisie-arrêt. Il y aurait fort à craindre, disait Pigeau, si l'on ne pouvait former saisie-arrêt que pour une créance déjà liquide, qu'un mauvais débiteur, dont la dette est constante mais non fixée, parvint à toucher ce qui lui est dû, et à se soustraire ensuite au paiement de ce qu'il doit.

C'est aussi la solution de notre droit actuel, et l'art. 559 C. pr. civ. donne la faculté de saisir arrêter

pour une créance qui n'est pas liquide en la faisant évaluer provisoirement par le président du Tribunal du domicile du saisi ou du tiers saisi.

Mais où l'analogie avec la solution du droit de l'Empire d'Allemagne devient tout a fait frappante, c'est quand il s'agit non plus d'une saisie-arrêt que le créancier exerce entre les mains du débiteur de son débiteur, mais bien d'une saisie-arrêt que le créancier exerce entre ses propres mains, d'une saisie-arrêt sur soi-même.

Or n'avons-nous pas défini la compensation allemande: une saisie-arrêt sur soi-même, et dès lors, si notre droit français connaît, lui aussi, la saisie-arrêt sur soi-même, et s'il la permet, comme nous venons de le dire même pour dettes non liquides, est-ce donc que notre droit français aurait une théorie de la compensation de tous points semblable à la théorie allemande ?

Ce serait une erreur complète de le croire, et il est essentiel de remarquer que la compensation allemande constitue au profit de celui qui l'oppose un privilège, un droit privatif à l'encontre de tout le monde. Elle est un paiement assuré, une mainmise immédiate sur l'argent dû. C'est une saisie-arrêt sur soi-même mais suivie d'une exécution instantanée à notre profit exclusif. En droit français au contraire, la saisie-arrêt sur soi-même ne consti-

tue pas un privilège au profit du saisissant; elle lui donne droit à un marc le franc et devra partager avec les autres créanciers du saisi qui interviendront à la saisie avant le jugement en validité de saisie-arrêt.

Cette remarque était tout-à-fait importante à faire pour éviter de donner une portée exagérée aux considérants d'un arrêt de la Cour de Lyon qui admet la saisie-arrêt sur soi-même pour dettes non liquides.

« Considérant qu'il résulterait du système contraire de graves inconvénients, puisque, d'une part, celui qui aurait la double qualité de créancier et de débiteur pourrait être exposé à payer sa dette liquide sans avoir aucune garantie pour sa créance qui ne le serait pas et que l'insolvabilité de son débiteur pourrait rendre illusoire, puisque d'autre part, ce créancier de mauvaise foi pourrait céder sa créance à un tiers qui aurait droit d'en exiger le paiement du débiteur, malgré les comptes que le débiteur pourrait avoir avec un créancier primitif: qu'ainsi, si l'on admettait que le saisissant fut incapable d'être en même temps tiers saisi, sa condition serait moins avantageuse que celle d'un étranger ce qui ne saurait être conforme à l'esprit du Code de procédure civile. »

On le voit, ce sont bien les arguments qui ont

poussé le législateur allemand à envisager la compensation comme une sûreté véritable que le débiteur se crée en s'interdisant de payer son créancier et en se payant par un procédé spécial qui consiste à ne pas payer de son côté.

Et ces observations ont mis en relief le caractère non pas seulement de défense de payer, de saisie-arrêt, mais bien de paiement immédiat que la compensation allemande revêt.

Mais puisque cette compensation est un véritable paiement, elle doit suivre toutes les règles du paiement. Or, s'il est une règle certaine en matière de paiement, c'est que celui-ci ne peut intervenir qu'en l'absence de toute contestation sur l'objet ou l'étendue de la dette. Pas de paiement pour dettes non liquides, partant pas de compensation possible semble-t-il

Mais la raison de distinguer entre le paiement réel et le paiement par voie de compensation est fort simple. Le paiement réel suppose une exécution matérielle, une remise d'écus par exemple ; il importe donc, en fait, de savoir exactement le montant de la somme à livrer ou de l'objet à remettre. Or, il ne s'agit pas ici d'espèces à livrer, le créancier est censé les avoir reçues, ou plutôt il renonce à les recevoir, le débiteur n'a donc aucune remise matérielle à effectuer et il ne peut dès lors

être question pour le créancier de la refuser. Si l'on veut encore, la compensation est un gage, une couverture aux mains du créancier ; il est débiteur, sa dette lui servira à le payer ; il fera dès lors une imputation de paiement dont l'étendue reste subordonnée à la liquidation à intervenir. Il déclare d'une manière générale se payer avec ce qu'il doit ; le montant du solde sera déterminé ultérieurement. Il s'agit, en deux mots, d'un paiement fictif abstrait qui ne suppose pas une tradition matérielle, une réalisation concrète et déterminée. La fixité du montant de la créance, la liquidité n'est pas exigée pour le paiement en monnaie de compensation.

§ III. — **Système de la compensation française.**

Nous avons songé à déduire dès maintenant de la compensation française les conséquences relatives à l'exigence de la condition de liquidité. Mais nous avons ici pour nous guider en dehors des considérations de pure logique, la possibilité d'entreprendre en parcourant les espèces de jurisprudence, une étude un peu attentive des faits et des besoins de la pratique.

Nous mènerons de front l'essai de construction juridique du droit français et l'examen des décisions et des tendances de notre jurisprudence.

Nous essaierons de démontrer par une étude de ces tendances que la jurisprudence française, sans cependant le reconnaître franchement, s'oriente de plus en plus vers la conception d'un système de compensation qui attribue à l'intention des parties une part de plus en plus considérable.

DEUXIÈME PARTIE

- MM BOISTEL. — Théorie juridique du compte courant, tome 7, année 1883. Revue générale du droit.
DESJARDINS. — Op. cit., page 396, n° 118.
FREMERY. — Op. cit., pages 377-385.
LABBÉ. — Note dans S. 79. 2. 145.
— Note dans S. 77. 1. 241.
LAURENT. — Tome XVIII, pages 418 à 420 et les auteurs cités à la section I.
LYON-CAEN et RENAULT. — Tome 7, n°s 216-219 et n° 361.
PARDESSUS. — Tome 4, n°s 1125-1126.
THALLER. — Op. cit., loc. cit.
DALLOZ — Répertoire de législation. Tome 33, n°s 2636-2655 et Supplément T. XI, n°s 1118-1130.

Il nous faut en venir maintenant à l'étude des applications de la jurisprudence française en notre matière de la liquidité dans la compensation.

Comment comprend elle, comment applique-t-elle ce principe que la compensation légale n'est pas autre chose qu'une compensation proportionnelle tacite ? qu'il importe par conséquent, réserve faite des principes essentiels de l'ordre public, de permettre aux parties de fixer elles mêmes, autrement que la loi ne l'a fait, les conditions qu'elles apportent à la compensation ? Si l'on veut poser la question d'une manière plus simple, dans quelle mesure les parties

peuvent-elles, d'après la jurisprudence, déroger à la nécessité de la liquidité ? Peuvent elles être présumées y avoir dérogé ? La liquidité est-elle toujours nécessaire pour que la compensation puisse se réaliser ? Est-il des cas où deux dettes même non liquidées peuvent se compenser ?

Nous allons trouver dans la coutume commerciale en matière de faillite, dans notre jurisprudence en matière de droit commercial, des applications, au sujet de la liquidité, de la théorie d'après laquelle le principe de la faculté d'opposer la compensation réside dans la *volonté commune* des parties. Nous trouverons dans la même coutume commerciale en matière de compte courant, dans notre jurisprudence actuelle sur le compte courant, les mêmes principes qui nous conduiront à des solutions pratiques semblables. Nous raisonnerons d'abord sur le cas de la faillite, et nous tâcherons de suivre le mouvement de la jurisprudence.

Mais, auparavant, faisons remarquer qu'il n'est en rien surprenant que le droit commercial ait le premier ouvert la voie à une théorie de la compensation qui dégage de l'autorité de la loi ou du pouvoir judiciaire la volonté individuelle des contractants. Le droit du commerce est moins formaliste, laisse un champ plus large aux initiatives individuelles et ouvre davantage la voie au progrès

juridique. Ajoutons d'ailleurs que l'expérience pratique qui accompagne forcément l'innovation réalisée est une garantie pour l'application prudente de cette innovation.

CHAPITRE PREMIER

De la faillite.

Nous trouvons cependant que dès le XVI^e siècle la pratique des commerçants italiens avait été trop loin dans l'application de cette idée que si deux commerçants contractent successivement l'un envers l'autre, deux dettes respectives, il est tacitement entendu, malgré le défaut de liquidité ou même d'exigibilité, que les deux dettes se compensent à due concurrence, en cas de faillite déclarée de l'un d'eux. Avec ce système dans tous les cas, dans l'hypothèse de la faillite déclarée de l'un des débiteurs, son créancier par ce qu'il a la chance d'être d'autre part débiteur va se trouver dans une situation privilégiée. Il pourra opposer en compensation au failli représenté par la masse de ses créanciers, la créance qu'il a lui-même contre ce failli, lors même que cette créance ne serait pas liquide. Il arrive par là à se payer intégralement de ce qui lui est dû en retenant en paiement ce qu'il doit.

Or, une pareille convention eut-elle été conclue qu'elle demeurerait sans effet, parce qu'elle serait contraire à cette loi essentielle d'égalité entre créanciers qui est la raison d'être même de la faillite. Et Frémery, interprétant les statuts de Gênes (liv. 4. chapitre XIV), avait raison de dire : « Sous ce régime, la faculté de compenser est un grand avantage pour celui qui étant créancier d'un failli se trouve en même temps son débiteur. »

Mais, dans notre droit, il résulte du principe d'ordre public que si le failli et un tiers étaient au moment du jugement déclaratif tenus d'obligations réciproques non encore liquides, non encore susceptibles de compensation légale, après la liquidation qui suivra la déclaration de faillite, le tiers créancier et débiteur paiera toute sa dette, et comme les autres ne recevra qu'un dividende. (Cassat. 27 juin 1876, S. 77, 1.241), (Cassat. 16 août 1875, S. 75, 1.444). Seulement, est-ce là une règle absolue ? Ne se peut-il pas qu'il existe des circonstances où l'illiquidité de la dette au moment du jugement déclaratif de faillite ne doit pas former obstacle à la compensation, cas exceptionnel sans doute, où le principe d'équité qui veut que la compensation n'ait pas lieu (égalité entre créanciers) fléchit devant un principe d'équité supérieur. N'y a-t-il pas, comme le dit Labbé, une égalité en justice

plus nécessaire que l'égalité entre créanciers ? Sans doute c'est la loi qui veut que le paiement ait lieu pour tous en monnaie de faillite ; mais la loi n'est qu'interprétative de la volonté autonome des parties. S'il est prouvé que l'ordre public serait plus contrarié encore en n'observant pas la volonté des parties qu'il pourrait l'être par leur dérogation à la loi de l'égalité entre les créanciers de la faillite, on ne doit pas hésiter à respecter de préférence la volonté des parties. La loi doit s'incliner devant elle.

C'est ce que M. Pardessus avait parfaitement compris et indiqué de façon un peu laconique. « Ces principes sur la compensation légale, disait-il, ne sont point applicables au cas où l'une et l'autre dette, quoique non liquides ou bien quoiqu'exigibles à des époques différentes dérivent du même titre et sont corrélatives » :

C'est ce que M. Labbé exprime en termes d'une grande élévation : « Il est une égalité plus nécessaire en justice que toutes autres : celle entre les parties qui ont contracté ensemble qui, ayant fait une opération à titre onéreux et comptant sur l'équivalent des valeurs échangées ont, dans cette équivalence même, garantie contre l'éventualité d'une perte. C'est le principe de la compensation *ex eadem causa* motivée par l'unité de rapport contrac-

tuel ou quasi-contractuel qui embrasse des obligations réciproques, elle doit être observée nonobstant l'état de faillite de l'une des parties ».

Cette unité de rapport, ce lien indiscutable entre les prestations réciproques des contrats synallagmatiques, les créanciers du failli la connaissaient ils n'ont pas à se plaindre. Il est ici certain et connu de tous à raison de l'indivisibilité qui unit les prestations réciproques, à raison de la relation de cause à effet qui existe indiscutablement entre elles, il est certain que les contractants ont entendu que l'un d'eux ne sera pas obligé de payer d'abord pour réclamer plus tard et en monnaie dépréciée. A la loi *d'égalité* entre les tiers créanciers, les contractants peuvent opposer avec raison la loi de *l'unité* qui ne permet pas de dénaturer en la brisant en deux rapports unilatéraux leur convention synallagmatique.

Précisons ces idées par l'indication des espèces pratiques sur lesquelles notre jurisprudence française a dû se prononcer et s'est prononcée dans le sens de la compensation opérée malgré le défaut de liquidité des créances, malgré la faillite déclarée, respectant ainsi la volonté des parties d'opérer cette compensation en l'absence même de la liquidité et à l'encontre de la loi normale d'égalité qui préside à la répartition des biens du failli.

Un commerçant marié sous le régime de la com-

munauté tombe en faillite. Sa femme a des reprises à exercer. Elle doit de son côté des récompenses. Tant que dure la communauté, il n'y a ni liquidité, ni exigibilité de ces obligations réciproques. La faillite survenue, la femme demande la séparation de biens ; la voilà soumise aux règles de la faillite. Il serait injuste de l'admettre à la faillite comme créancière d'un simple dividende et de l'obliger de son côté à payer l'intégralité des récompenses. Aucune faute ne lui est imputable, puisqu'elle ne pouvait auparavant réclamer la liquidation des obligations réciproques nées entre elle et son mari. Sans doute, elle avait la ressource de la séparation de biens ; mais était-il dans son rôle de donner le signal de la cessation des paiements qu'elle savait prochaine ? Les considérations d'équité étaient dans ce cas très puissantes : il faut avouer que les Cours d'Amiens (16 Mars 1877) et de Caen (27 juin 1874), non plus qu'un arrêt de la Cour de Cassation du 3 mars 1891 (*Journal des Faillites*, année 1891, page 177), n'abordent avec une netteté parfaite la question de la compensation qu'elles cherchent même plutôt à éluder. « Attendu, dit la Cour de Cassation, que lorsqu'il s'agit après la dissolution de la communauté, d'établir les reprises de la femme ou les récompenses par elles dues, ces reprises et ces récompenses ne sauraient être évidemment con-

sidérées comme des dettes distinctes indépendantes les unes des autres, soumises aux règles de la compensation, et spécialement aux effets que peuvent produire relativement à l'application de ces règles, des incidents tels que la faillite, qu'elles constituent les éléments d'un compte unique et indivisible, dont le reliquat final est seul à considérer. »

Mais M. Labbé avec beaucoup de fermeté signale qu'il y a là dans la réalité des choses une opposition nette entre les principes de la faillite et ceux de la compensation. « C'est, dit-il, substituer des mots trompeurs à la réalité que de parler d'un compte indivisible au lieu de reconnaître l'existence d'obligations distinctes qui s'éteignent réciproquement jusqu'à due concurrence par la vertu de la compensation. Il faut aller plus loin il faut décider que la faillite ne met pas obstacle à la compensation des dettes dérivant d'une même cause et cette cause, c'est la responsabilité du mari. C'est le même fait, c'est l'administration du mari ; c'est la responsabilité qui en découle qui est *l'eadem causa* des deux obligations ; il les faut compenser. Les obligations comprises dans le compte de communauté ont une source commune ; elles obéiront à une loi commune pour leur liquidation. Il n'importe que ces obligations réciproques ne soient pas encore liquides, pas encore susceptibles de compensation légale ; il n'importe pas non plus que

les règles ordinaires de la faillite fassent obstacle à la compensation ; il s'agit de créances et de dettes ayant une cause connexe ; elles subiront le même sort. »

La Cour de Cassation a d'ailleurs compris l'importance de l'argument et dans son arrêt du 3 Mars 1891 elle l'indique, à titre subsidiaire et à mots couverts, il est vrai : « Attendu, dit-elle, que le mari, administrateur légal, mandataire imposé à la femme par la loi, doit être nécessairement appelé à rendre compte de tout ce qu'il a touché ou payé pour elle, la balance de ce compte étant destinée à déterminer lequel des deux reste créancier. » — En remplaçant le mot « balance du compte » par le mot « compensation » et en donnant à l'argument le relief qu'il comporte, nous arrivons à l'idée que la compensation pour dettes nées *ex eadem causâ* s'accomplit malgré le défaut de liquidité, malgré l'état de faillite de l'une des parties.

Une solution identique interviendrait pour le cas où il s'agirait d'obligations nées d'un compte de tutelle ou de succession. Si le failli était tuteur d'un mineur ou d'un interdit, le compte rendu de la tutelle ferait apparaître et déterminerait dans leur montant des obligations réciproques entre le failli et celui dont il a géré la fortune. L'unité de cause dans ces obligations, la responsabilité du tuteur donnerait lieu à l'application des mêmes principes.

De même, en nature de succession le failli appelé à une succession doit faire le rapport d'une donation ou d'une dette. Le rapport se fera en moins prenant malgré la faillite et la masse ne pourra réclamer dans la succession que l'excédent (Cass. 8 février 1882 S. 1882. 1.324 Journal des faillites 1883 p. 468 ; 1884 p. 393 Paris 9 Mars 1883 et 29 Mai 1884).

Dans une espèce particulière, la Cour de Cassation a reconnu d'une façon formelle que la force du droit opère parfois une compensation que l'état de faillite ne peut empêcher. Il s'agissait d'un commanditaire qui avait fait son apport social, qui avait fait des avances à la société par le moyen d'acceptations remises au gérant : des frais de négociation avaient été nécessaires. Le commanditaire était donc créancier de sa mise et des avances et débiteur des frais de négociation. La Cour de Cassation décide, malgré la faillite de la société, qu'il n'y avait qu'un compte à faire pour l'ensemble des opérations : le commanditaire est débiteur des frais de négociation des effets par lui transmis ; il est créancier des avances faites au-delà de la mise ; la compensation s'est opérée.

On le voit donc, notre jurisprudence française en matière de faillite est loin d'être étrangère au principe d'après lequel ni l'état de faillite, ni le défaut de liquidité des créances, ne forment un obstacle absolu à la compensation si la convention des par-

ties et les circonstances, si la force du droit l'exige. Et cependant, il est bien entendu que la convention des parties ne peut contrarier sans motif d'équité supérieure les règles essentielles de la loi et que la convention qui permettrait de compenser des dettes non liquides ne recevrait son exécution qu'à la condition de ne pas contredire les principes généraux du droit.

La jurisprudence de la Cour de Cassation nous offre un exemple intéressant d'une convention de compensation, pour dettes même non liquides qui ne peut recevoir son exécution. Voici l'espèce : (S. 277, 1.241). Une personne s'engage comme caution et convient avec le débiteur principal que si le débiteur ne paie pas, la caution compensera sa créance en recours contre lui avec une dette dont elle est tenue envers le débiteur principal. Le débiteur principal tombe en faillite. En vertu de l'art. 2.032 du Code civil la caution peut recourir de suite contre lui. Notre caution invoque en cet état les conventions passées et prétend compenser par sa dette la créance en recours qu'elle est en droit d'exercer contre le débiteur principal. La Cour de Cassation se refuse à la suivre sur ce terrain et à lui permettre de faire opérer la compensation de ce qu'elle doit avec l'indemnité *éventuelle* ou la garantie qui lui est due. La Cour rappelle le

principe général d'après lequel par l'effet du jugement déclaratif de faillite, le failli est dessaisi de l'administration de ses biens qui se trouvent placés sous la main de ses créanciers ; aucune partie ne peut être distraite de l'actif dans un intérêt particulier.

Donc, après le jugement déclaratif de faillite, il n'est pas impossible que la compensation se produise entre dettes non liquides ; mais cette compensation ne se produira pas dans un intérêt particulier ; elle ne sera possible que pour assurer le respect de ce principe de justice que les obligations réciproques qui découlent d'un même fait doivent être, avant tout, réglées et liquidées de manière à ce que les parties contractantes qui ont compté sur l'équivalent des valeurs échangées et qui n'ont contracté que pour obtenir cet équivalent n'en soient pas injustement privées. L'équivalence à laquelle elles ont droit les garantit contre l'éventualité d'une perte.

Ce n'est d'ailleurs qu'à partir du jugement déclaratif de la faillite que la compensation est devenue impossible ; pendant la période suspecte, après la cessation des paiements, avant la déclaration de faillite la compensation légale peut s'opérer.

Rappelons, en effet, brièvement la situation juridique du failli pendant la période dite suspecte. Les actes passés par le failli se divisent en deux grandes

catégories au point de vue de leur validité. Les uns « art. 446 » sont nuls de droit, les autres « art. 447 » sont facultativement annulables si ceux qui ont traité avec le failli ont au moment de l'opération connu son état de cessation de paiements. Au point de vue qui nous occupe, la compensation conventionnelle, c'est à dire celle que les parties opèrent en dehors des conditions de liquidité de fongibilité et d'exigibilité, la compensation conventionnelle est prohibée par l'art. 446 et frappée d'une nullité radicale.

La compensation légale, au contraire, continue à pouvoir fonctionner normalement, mais elle est bien entendu soumise à l'annulabilité facultative de l'art. 447, annulabilité qui frappe toutes les opérations autres que celles déjà frappées par la nullité absolue de l'art. 446. C'est dire que la compensation ne pourra pas s'opérer si le tiers qui prétend l'invoquer n'a connaissance de l'état de cessation de paiements.

Elle s'accomplit sans difficulté et valablement lorsqu'elle est amenée par la force des choses, sans aucun fait actuel de l'homme. Ce point est à l'abri des contestations. Il n'y a pas nullité de droit. Seulement il est entendu : 1° Qu'étant dans la période suspecte, tout acte peut être annulé s'il est établi que celui qui a fait avec le failli l'acte dont il s'agit

a eu au moment de l'opération connaissance de l'état de cessation de paiements art. 447.

La fraude des tiers ne consiste pas comme dans l'action paulienne, dans la connaissance du préjudice que le débiteur cause à ses créanciers, mais bien dans la connaissance de l'état de cessation de paiements de ce débiteur. La loi veut frapper le fait d'avoir sciemment donné à un commerçant perdu le moyen de continuer ses affaires. Il est entendu 2° que les parties doivent s'abstenir de modifier l'état préexistant des choses ; sinon leur acte de volonté est impuissant à produire effet. La nullité de droit s'impose.

La compensation donc pourra s'opérer, mais les parties ne devront pas s'entendre pour rendre la compensation possible parce qu'alors elles réaliseraient une compensation conventionnelle. Il est bien certain, par exemple, que si les parties s'avisait de décider que la dette non arrivée à terme, serait cependant exigible et ce pour arriver à la compensation, la nullité de l'art. 446 viendrait frapper leur convention. Il y aurait paiement d'une dette non échue, arrivée à échéance par un artifice que la loi réprime.

Mais la liquidité des dettes est-elle absolument nécessaire pour que la compensation puisse s'opérer ainsi en temps suspect ? Si les dettes ne sont pas

liquides, les parties pourraient-elles amener la compensation légale d'un commun accord ?

Il est certain que si l'on envisage la liquidité comme un élément essentiel à la compensation, les parties ne pourront pas provoquer la liquidité pas plus qu'elles ne pourraient provoquer l'exigibilité. La nullité de droit serait la sanction. Mais si l'on admet que les parties ont pu considérer dès l'origine que la liquidité ne serait pas nécessaire pour que la compensation se puisse effectuer si d'un commun accord elles ont levé et pu lever légalement l'obstacle qui résulterait de la liquidité, on peut comprendre que sans intention de fraude elles opèrent cette liquidation. Si donc au moment de la naissance d'obligations réciproques les parties conviennent de les compenser l'une avec l'autre, après liquidation et échéance, l'avantage de cette convention licite ne disparaîtrait pas, pour la partie qui l'invoquerait, alors même que l'autre serait tombée depuis en état de cessation de paiements.

Et dans ce système qui est le nôtre, qui fait reposer la condition de liquidité non sur la volonté impérative de la loi, mais sur l'intention supposée des parties, qui admet par conséquent la recherche de l'intention contraire, dans ce système, les parties pourraient compenser leurs dettes même non liquides, pendant la période suspecte, et cela à une seule condition,

c'est qu'elles n'aient pas agi dans l'intention de modifier, par la compensation, l'état de choses préexistant en faveur d'un créancier de la masse au détriment des autres. Si donc cette liquidation a été une opération sérieuse qui n'a pas été faite dans une intention de libération, il est juste qu'elle soit maintenue, puisque la prescription de mauvaise foi de l'art. 446 n'a pas de raison d'être.

Ainsi, par exemple, je suis créancier à l'égard d'un commerçant d'une somme non liquide beaucoup plus élevée que la somme liquide que je dois. J'ai bien entendu droit jusqu'à la déclaration de faillite d'agir en paiement. Je puis réclamer mon dû en justice. Il est un motif et un seul qui pourrait m'empêcher de le faire: ce serait la connaissance de l'état de cessation de paiements de mon débiteur. Ce que je puis faire en justice, pourquoi donc ne pourrai-je pas le faire à l'amiable? Pourquoi m'empêcher de faciliter une compensation légale qui, de par les faits préexistants, par la nature même des choses doit régulièrement s'opérer? L'illiquidité ne doit pas être un obstacle absolu à cette compensation et il serait tout à fait rigoureux de déclarer que faute de liquidité la compensation par conséquent le *paiement* ne pourra pas s'opérer. Oui, les paiements par compensation conventionnelle sont irréguliers; ils tombent sous le coup de l'art. 446 et sont nuls de droit. Mais malgré

l'illiquidité des dettes, nous sommes en présence d'une compensation légale qui peut s'accomplir en temps suspect, quand elle est amenée par la marche naturelle des choses. Or, quoi de plus naturel que de liquider une créance ? En quoi cela suppose-t-il une intention de fraude. Nous dirons donc avec M. Labbé que cette compensation est à l'abri de la critique tout autant que le règlement qui l'a précédée et le paiement de l'excédent qui l'a suivie c'est à dire valable en principe, réserve faite de la fraude à prouver.

Mais il nous paraît nécessaire que cette liquidation ait été suivie d'un paiement effectif. Si ce paiement a été effectué et qu'il soit inattaquable, qu'on ne puisse établir l'intention frauduleuse, tous les actes antérieurs et préparatoires (liquidation compensation) sont maintenus. Mais si les parties liquident, compensent et n'effectuent pas en fait le règlement, il est impossible de voir là autre chose qu'une opération faite exprès pour amener la compensation dans l'intérêt de l'un des créanciers. Les dettes étaient illiquides, on les a faites liquides pour assurer la compensation, il y a compensation conventionnelle, paiement irrégulier, nullité par conséquent et nullité de droit aux termes de l'art. 446. Cet article annule tout ce qui n'est pas commandé par la continuation du commerce jusqu'à la

•

déclaration de faillite. Le législateur a suspecté l'application de la compensation conventionnelle, de celle qui a besoin du fait de l'homme pour s'exercer et cette suspicion a lieu pendant toute la durée de la période suspecte. Ce n'est pas effectuer, par la volonté de l'homme, une compensation facultative que de liquider une dette, et cela parce que l'illiquidité de la dette peut ne pas faire obstacle, si la volonté des parties est certaine, à la compensation légale. C'est le cours naturel des choses qui veut que cette liquidation soit effectuée. La liquidité est donc soumise à la volonté des parties contractantes. Mais si ces parties contrarient la marche normale du commerce, si elles liquident et compensent sans régler l'excédent, il n'en résultera pas pour le créancier du failli de libération par voie de compensation. Les parties ont procédé à la liquidation de leurs créances respectives : c'est leur droit ; mais par lui-même, le fait d'avoir rendu leurs créances liquides, ne suffira pas à les compenser légalement.

La circonstance d'une liquidité plus ou moins régulièrement obtenue ne suffit pas à elle seule à introduire l'inégalité entre les créanciers.

Donc l'illiquidité des dettes n'est pas un obstacle dirimant à la compensation légale en temps de période suspecte ; il peut être levé, mais à une condition, c'est qu'on ne trouble pas la continuation du

commerce du failli, c'est qu'on n'aille pas chercher dans une liquidation hâtive le moyen de s'assurer, en réalisant la compensation légale, un paiement privilégié au détriment de la masse des créanciers.

Au surplus, dans tous les cas où les parties au moment de la naissance d'obligations réciproques seraient certainement convenues de les compenser entre elles après leur liquidation, le fait de la cessation des paiements de l'une des parties ne serait pas un obstacle à la compensation.

Nous allons rencontrer des applications de ce principe en matière de compte courant.

CHAPITRE DEUXIÈME

Du compte courant

Le compte courant est un contrat par lequel deux personnes en prévision des opérations qu'elles feront ensemble et qui les amèneront à se remettre des valeurs, s'engagent à laisser perdre aux créances qui pourront en naître, leur individualité en les transformant en articles de débit et de crédit de façon à ce que le solde final résultant de la compensation de ces articles soit seul exigible.

Nous avons emprunté cette définition à MM. Lyon-Caen et Renault. Nous ajoutons avec M. Boistel que la convention de compte courant modifie profondément les rapports juridiques des parties, mais seulement en ce qui concerne le sort ultérieur, l'avenir des créances entrées dans le compte, une novation s'opère par cette entrée en vertu de laquelle la créance cesse d'avoir une exigibilité propre: elle fait dorénavant partie d'un tout indivisible, n'est plus susceptible d'être payée spécialement ni compensée dans les termes du droit commun; elle

ne peut plus faire l'objet de poursuites en justice séparées... etc.

Mais la convention de compte courant n'a aucune influence sur la naissance des créances entre les deux parties ni sur les causes d'où peuvent provenir ces créances.

C'est donc à partir de son entrée dans le compte courant que la créance perd pour les rapports juridiques à venir toute individualité propre ; elle est novée, elle est absorbée, mais elle garde au point de vue du passé l'existence qu'elle perd seulement au point de vue de l'avenir. C'est donc pour l'avenir que les créances et dettes entreront en compte courant et seront soumises à un mode de règlement spécial par voie de compensation du solde débiteur total et du solde créditeur total. C'est un mode de règlement particulier que les parties ont adopté : Dettes et créances ne se compensent pas au fur et à mesure de leur coexistence : elles se compenseront une fois pour toutes et à la fin du compte courant. On fera alors le total des créances d'une part et le règlement s'opérera par voie de différence entre le total créditeur et le total débiteur. C'est par voie de compensation spéciale que se fait donc le règlement par compte courant. Les parties s'entendent pour éviter des règlements partiels et multiples, la compensation ne s'opère pas pour chaque opération

de crédit et de débit; elle s'opère à la fin du compte, *in globo*, une fois pour toutes. Sans rien changer au résultat final, on obtient ainsi une très grande simplicité dans les paiements, et partant, une garantie de célérité qui permet de multiplier les rapports d'affaires.

Tels sont les caractères et tel est le rôle du compte courant. Il aboutit à une compensation d'ensemble des rapports respectifs entre les parties.

Quel est donc l'effet de la faillite qui survient ? C'est d'arrêter la marche du compte courant à partir du jugement déclaratif de faillite. Les créances et les dettes postérieures au jugement déclaratif n'entreront plus en compte courant cela n'est pas douteux. Et comment donc en serait-il autrement puisque le failli est dessaisi, à l'égard de la masse de la gestion de son patrimoine, puisqu'il va être procédé à la liquidation des créances, au paiement des dettes devenues toutes exigibles ? Le compte courant cesse de fonctionner. Il sera sans effet sur les créances ou dettes postérieures.

Mais, d'ailleurs, il va falloir procéder au règlement par voie de compensation et de solde, des créances déjà entrées en compte courant. Il faut régler les comptes et dégager le résultat d'ensemble des opérations répétées et partielles qui sont survenues entre les parties au cours de la durée de la convention de

compte courant. La compensation est la réalisation de la convention passée en temps antérieur, alors que chacune des parties était capable; elle doit donc se produire comme si la faillite n'était pas survenue, comme s'il ne s'était produit aucun fait nouveau, modifiant la situation et la capacité des parties.

Cela est certain. Mais si le compte courant s'analyse en un solde débiteur au passif du failli, le créancier sera-t-il payé en monnaie de faillite, alors que si le compte courant s'analyse en un solde débiteur au passif du créancier, ce dernier devra payer au failli la somme totale montant de sa dette ?

Oui certainement, et ce résultat est la conséquence normale de la faillite. Qu'un créancier soit payé en monnaie de faillite alors que débiteur, il eut été tenu de payer en monnaie courante, mais c'est le droit commun de la faillite. Les parties en faisant le compte courant ont voulu s'assurer le bénéfice d'un règlement rapide et commode. Elles ne l'ont obtenu qu'au prix d'une confiance mutuelle accordée. D'autant plus qu'il serait injuste de transformer le compte courant en une cause de préférence pour qui l'a conclu. Que deviendrait alors la loi du dividende ?

Cette solution ne serait pas équitable. Comment justifier la cause de préférence du créancier en vertu du compte courant ? Dans la réalité des faits,

les sources de ses créances diverses (maintenant réglées par voie de différence et réduites à ce chiffre unique) sont multiples. Le compte courant est un moyen de régler, de compenser un ensemble en dégageant la différence ; ce n'est pas un moyen de créer aux parties une situation privilégiée .

D'autant mieux, qu'on le remarque, le créancier du failli ne subira les réductions au marc le franc que sur la différence après compensation des créances et des dettes réciproques ; il n'aura pas à la subir sur l'ensemble de ses créances à lui. La compensation convenue entre les parties, retardée, suspendue jusqu'au jour du règlement définitif, sera faite. L'intention des parties sera obéie. C'est le moment de redire avec M. Boistel que la convention de compte courant n'a aucune influence sur les causes d'où peuvent provenir les créances. Il faut donc à ce point de vue isoler les créances dont l'individualité disparue pour l'avenir, se conserve et se garde dans le passé. Il s'agit de liquider des rapports d'affaires existant entre les parties, il ne s'agit pas de modifier ces rapports d'affaires pris en eux-mêmes. Nous en concluons que les créances et les dettes sont, au point de vue des effets du jugement déclaratif de faillite, soumises à la loi commune de l'égalité entre créanciers. Décider autrement, ce serait confondre en tant qu'il s'agit de la

cause, la naissance des contrats intéressés entre les parties au cours de leurs relations d'affaires avec l'entrée de ces créances dans le compte courant. Et ce sont là deux opérations successives et bien distinctes, ayant chacune leur physionomie particulière. Il n'y a donc pas unité de cause entre les différentes dettes et les créances englobées dans le compte courant, et la faillite déclarée produira son effet normal.

Plaçons-nous maintenant non plus après le jugement déclaratif de faillite, mais en période suspecte et demandons-nous ce qu'il advient des créances et des dettes portées en compte courant.

C'est la volonté des parties que leurs créances réciproques ne soient pas dès maintenant et individuellement compensées entre elles; que cette compensation s'opère, par une voie spéciale à la fin seulement du compte établi entre elles, et sur l'ensemble des opérations.

En ce qui touche les rapports d'affaires déjà formés entre les parties, la compensation ne pourrait pas en être faite tant que dure le compte courant. Et la raison en est que le commerce bien qu'embarrassé, continue normalement et que les créances et les dettes ne sont ni liquides ni exigibles et, par tant, ne peuvent être compensées tant que dure le compte courant. Mais nous ne dirons pas comme on

le fait parfois, que les créances et les dettes n'existent plus. Ce n'est qu'au point de vue de l'avenir que l'individualité des créances et des dettes a disparu. Au point de vue de leur naissance et de leur origine rien n'est changé. Il n'est donc pas exact de dire qu'il n'y a plus ni dettes, ni créances, mais de simples articles de crédit et de débit. La vérité est qu'il existe bien des rapports de droit, mais que la condition d'exigibilité et de liquidité leur fait défaut. On suspendra donc, on retardera la compensation jusqu'à ce que le compte courant ait pris fin. Mais si les parties ne peuvent effectuer de suite la compensation, puisque leur intention était de la retarder jusqu'à l'arrivée de la clôture du compte courant, du moins peuvent elles effectuer le règlement du solde quand arrive normalement l'époque de régler.

Et de même le compte courant continue à fonctionner s'il n'y a pas de cause de suspicion qui puisse frapper les remises en compte effectuées. Sans doute on est en période suspecte et les fraudes seront déjouées; le paiement est annulable s'il y a eu connaissance de l'état de cessation de paiement du débiteur.

En deux mots, le compte courant loyalement conclu, reçoit, même en période suspecte, ou exécution régulière. Si l'on s'avise de le régler avant le

terme conclu et d'en rendre exigible le montant, l'art. 446 C. de Commerce pourra frapper cette compensation conventionnelle. Si le failli effectue le règlement du compte courant alors que son partenaire connaît l'état de cessation de paiements, l'art. 447 du même code s'appliquera. En somme le compte courant est soumis au droit commun des conventions qui peuvent continuer à recevoir leur exécution en période suspecte, sauf contrôle plus sévère que celui de l'action paulienne de l'art. 1167.

Les parties pourraient donc hâter la liquidation du compte courant en période suspecte à la condition d'avoir des raisons sérieuses de le faire, à la condition que la cessation de paiements fut ignorée du correspondant du failli. On le voit donc, la dette illiquide pourra être rendue liquide ici encore en exécution d'une convention originaire à l'abri de la critique. Ce n'est là que l'application du principe plus général dont les arrêts d'Amiens et de Caen précités nous avaient fourni déjà une application particulière, principe en vertu duquel la convention des parties sera obéie, même s'il en doit résulter une liquidation pour arriver à la compensation lorsque cette convention de compenser les dettes l'une avec l'autre après échéance sera certaine et lorsque cette liquidation sera l'exécution précise et sans modification de contrats faits avant la cessation des paiements.

C'est ainsi qu'entre autres décisions de jurisprudence nous relèverons un arrêt de la Cour de Cassation du 3 Août 1847 (S. 48. 1. 131) et citerons un arrêt de la Cour de Lyon du 31 décembre 1847 (S. 48 2.351) « L'art. 446 du Code de Commerce qui annule tous paiements faits même pour dettes échues autrement qu'en espèces ou effets de commerce et qui par conséquent annule les paiements faits en marchandises n'est pas applicable au cas où le paiement n'est que l'exécution d'une convention passée antérieurement entre le négociant depuis failli et son créancier, d'après laquelle le premier devait faire ses paiements au second en des marchandises ».

Il ne faudrait cependant pas exagérer les applications faites par la jurisprudence française de cette idée que s'il s'agit de dettes ou créances connexes, la compensation *ex eadem causâ* se produit si l'intention des parties est conforme même en présence d'un obstacle légal, susceptible d'être levé, tel que notre condition de liquidité. Ainsi nous pensons que c'est à tort qu'un auteur signale comme exception à la règle de la liquidité deux décisions, l'une de la Cour de Cassation (29 novembre 1832, *Journal du Palais* à sa date), l'autre de la Cour de Dijon (28 décembre 1857, S. 58, 2.411), rendues toutes deux en matière de louage. Ces arrêts décident que le juge peut suspendre le paiement des loyers quand

le locataire réclame de son côté une indemnité pour défaut de jouissance par la faute de son propriétaire, cette indemnité ne fut-elle pas liquide, et que dans le même cas, la résiliation d'un bail ne peut-être prononcée contre le preneur, pour défaut de paiement d'un ou de plusieurs termes de loyer nonobstant toute stipulation que le bail serait résilié de plein droit si le paiement n'avait pas lieu. A notre avis, il ne s'agit pas ici de compensation. Il s'agit des obligations corrélatives d'un propriétaire et de son fermier, dans l'exécution d'un seul et même contrat. Or, ici, s'agissant du même contrat, il est parfaitement exact de tenir le langage que tenait à tort la Cour de Lyon alors qu'il s'agissait d'obligations distinctes et non réunies par le même lien synallagmatique ; il est parfaitement exact d'invoquer l'indivisibilité des deux obligations. Et c'est ce que fait la Cour de Dijon « il s'agit pour l'un de payer exactement ses fermages, c'est-à-dire le prix de jouissance ; il s'agit pour l'autre de procurer et d'assurer cette jouissance pleine, entière, continue. La régularité des paiements et la régularité de la jouissance tiennent donc essentiellement l'une à l'autre et là où par une circonstance imprévue dont la cause et les conséquences sont encore incertaines, le cours régulier de la jouissance se trouve interrompu, il est de toute justice que les

droits rigoureux du propriétaire restent aussi suspendus, jusqu'à ce qu'il soit reconnu si l'interruption est de son fait ou de celui du preneur ». Le propriétaire ne peut exiger l'argent promis que si lui-même tient sa promesse de faire jouir. Il s'agit ici non plus de deux obligations distinctes quoique dérivées de la même source juridique ; il s'agit de deux obligations réciproques liées non plus par deux liens procédant de la même cause, mais par un seul et même double lien dérivant des mêmes contrats synallagmatiques. Le propriétaire qui veut se faire payer le fermage sans avoir procuré la jouissance pleine, entière, continue, peut être repoussé par l'exception *non adimpleti contractus*. On peut rapprocher cette exception du droit de retention, de la compensation, mais enfin elle n'est pas la compensation. La Cour de Cassation et la Cour de Dijon écartent à bon droit les règles de la compensation comme inapplicables à une espèce où il n'est pas question de compensation.

CHAPITRE TROISIÈME

Jurisprudence civile.

Nous espérons avoir démontré que la jurisprudence en matière de compte courant et en matière de faillite, suppose que la compensation légale doit être envisagée sans doute non comme un ordre du législateur, mais comme un ordre fondé sur l'équité et conforme, par conséquent, à la convention qui est présumée être faite entre les parties.

Quand deux personnes sont obligées l'une envers l'autre, elles n'ont pas l'intention de se payer réciproquement, elles se tiennent, elles sont légalement tenues pour libérées.

La liquidité des dettes a été exigée parce qu'il importe de protéger le demandeur contre la chicane et la mauvaise foi des défendeurs qui lui auraient opposé une créance contestable ou d'étendue indéterminée.

Mais il ne faut rien exagérer, c'est la question de pur fait et qui n'intéresse en rien les principes essentiels du droit.

S'il importe qu'une mauvaise chicane n'arrête pas une réclamation légitime, il importe aussi qu'une protestation légitime ne soit pas écartée par le demandeur, sous prétexte d'une illiquidité qui n'empêche pas, au fond, le droit du défendeur d'être sérieux et parfaitement fondé.

Voilà le résultat auquel il était nécessaire d'atteindre.

Nous n'hésitons pas à dire que si l'on envisage la compensation comme un ordre impératif du législateur, il est impossible de sortir des exigences de la liquidité telles que nous les avons définies dans notre première partie. Le Code fait de la liquidité une condition nécessaire à la compensation. S'il doit être obéi, si l'intention contraire des parties ne doit pas être respectée, ne peut pas être présumée, il importe que la dette soit liquide pour que la compensation soit possible. L'assimilation de la compensation au paiement est complète, le paiement effectif d'une obligation non liquide est impossible : tel aurait été le raisonnement du Code. Raisonnement inexact puisqu'il s'agit après tout de donner satisfaction au créancier et que si, avant la liquidation on peut lui donner satisfaction facile et suffisante, il n'est pas de raison pour ne pas le permettre. Mais, enfin, bon ou mauvais, tel aurait été le système du Code s'il avait fait de la compen-

sation une institution légale au sens impératif du mot ; il aurait alors indiqué d'une manière impérative les conditions de son fonctionnement.

Et l'on a beau dire que la liquidation est dans certains cas très facile, il n'importe ; pour aisée qu'elle soit, elle n'est point avant d'avoir été réalisée ; et la compensation exigeant la liquidité ne se produira qu'après la liquidation des dettes et créances à compenser. Or, si la jurisprudence a, pour les obligations nées *ex eadem causa*, admis en définitive une compensation qui ne s'arrêterait pas devant l'obstacle légal de et reconnu par là indirectement, le caractère conventionnel tacite de la compensation légale, en d'autres matières elle s'efforce de tourner l'obstacle dérivant de la liquidité en confondant avec ce qui est liquide ce qui est facilement liquidable.

La conséquence forcée en est qu'elle introduit en la matière un arbitraire judiciaire qu'elle exerce le plus souvent avec sagesse, mais qui amène cependant parfois des divergences de solution d'explication difficile.

Montrons d'abord par un exemple typique que la manière de voir de la jurisprudence la conduit à un arbitraire certain. Ce n'est plus de la force de la loi, c'est de la volonté du juge que la compensation est arrivée à dépendre. Nous voulons parler d'un

arrêt de la Cour de Cassation du 9 août 1842, (*Journal du Palais*, 1843, t. 1, page 170) : si le créancier de sommes liquides et exigibles non productives d'intérêts et d'autres sommes susceptibles d'en produire, mais non liquides, devient débiteur d'un prix de vente produisant intérêts, la Cour admet que le Tribunal peut refuser de déclarer la compensation de la créance liquide et la reculer jusqu'au jour où la créance non liquide aura été liquidée pour l'établir entre celle-ci et le prix de vente. C'est, en réalité, substituer à la compensation légale une compensation entièrement discrétionnaire de la part du juge.

Est-ce à dire, cependant, que tout pouvoir d'appréciation doive être refusé au juge eu égard à la question de savoir si telle créance est ou non liquide ? On peut bien dire tout d'abord que notre système, qui lui donne la charge de rechercher l'intention des parties et enlève à la condition de liquidité tout caractère impératif, lui confère un pouvoir d'appréciation assez large mais qui présente selon nous un grand avantage, celui d'être éclairé et guidé, non plus par les lumières personnelles du juge, mais par la nécessité de se livrer à une recherche des intentions présumées des parties. Mais ensuite et surtout il est des cas où c'est au juge qu'il appartient d'empêcher les parties de con-

trier la marche normale de la compensation dans un pur esprit de chicane.

Nous voulons dire que parfois l'une des parties en présence d'une dette assurément certaine s'efforce cependant, dans un intérêt facile à comprendre, de retarder une condamnation imminente en invoquant à tort l'illiquidité, l'incertitude de la créance qui lui est opposée. Le juge, a sans aucun doute, le pouvoir de déjouer cette manœuvre de chicane et de prononcer la compensation.

Nous avons eu déjà l'occasion de dire un mot de cette question lorsque nous avons essayé d'analyser la notion de liquidité. Il ne suffit pas que la dette cesse d'être liquide il faut encore que cette dette puisse être légitimement contestée. Il nous serait ici facile de multiplier les citations. Nous avons déjà cité les paroles du tribun Jaubert, rapporteur du Tribunal : « la loi dit liquides et non pas également reconnues par les parties. Il ne faut pas que l'une des parties se permette de faire une mauvaise contestation. » C'est ce qu'avait déjà dit Pothier : « Une dette contestée n'est point liquide à moins que celui qui l'oppose n'en ait la preuve à la main et ne soit en état de la justifier promptement et sommairement ». M. Demolombe de son côté enseigne « que si une partie élève une contestation évidemment mal fondée, et qu'il soit constaté après une

instruction que la dette par elle contestée soit certaine, la compensation jusque là en suspens, n'en aura pas moins produit jusque là son effet extinctif, du jour où les deux dettes ont existé, bien que l'une d'elles ne fut pas reconnue ».

Nous irions même volontiers plus loin et nous admettrions que la seule existence d'un titre fondant la créance suffit à empêcher d'être reconnue comme sérieuse la contestation suscitée par l'une des parties et reconnue injustifiée. C'est ce que décide un arrêt de la Cour de Bruxelles : « La contestation qu'élève le débiteur contre un titre régulier dont l'exécution est réclamée à sa charge, ne peut avoir l'effet de rendre illiquide cette obligation de manière à la rendre non susceptible de compensation. Le seul effet de pareille contestation doit être de faire surseoir à la déclaration de compensation jusqu'à ce qu'il ait été prononcé par la justice sur le fondement des vices imputés au titre le système contraire soumettrait la compensation au bon plaisir des débiteurs et permettrait au débiteur insolvable et de mauvaise foi de se faire sans scrupule payer la créance, en empêchant par une contestation mal fondée, d'opposer celle que son débiteur pourrait avoir à sa charge quelque liquide qu'elle fût » La Cour de Cassation française, à plusieurs reprises, a sanctionné cette manière de voir (Cass. 12 Janvier S. 41. 1. 129) (Cass. 4 Mars

1867. S. 67. 1. 254) (Cass. 7 février 1883. *Journal du Palais* 1883, page 739) — Nous reprocherions volontiers à l'arrêt de Bruxelles d'être trop compréhensif et de ne pas s'attacher du tout à l'existence du *titre*, existence qui nous paraît tout à fait déterminante, que l'arrêt d'ailleurs relate et souligne avec soin et dont Monsieur le conseiller rapporteur Georges Lemaire avait fait un élément essentiel de ses observations : « Le titre, disait-il, existe avec sa valeur et sa force primitives ; il doit produire tous ses effets en faveur du créancier. N'est-ce pas assez que celui-ci ait été obligé de subir un procès mal fondé ? Faudra-t-il encore qu'il perde un des avantages légaux attachés à sa qualité de créancier, celui de payer par compensation ? Le procès aura-t-il pour résultat de causer un dommage à celui qui le gagne et de procurer un bénéfice à celui qui le perd ? Sans ce procès, la compensation se serait opérée de plein droit et la créance productive d'intérêts aurait été entièrement payée et éteinte ».

En deux mots donc, lorsque la créance compensable est fondée sur un titre, la compensation s'opère en vertu du titre et non en vertu du jugement qui a rejeté les contestations, c'est-à-dire, par conséquent à dater du titre et non à dater du jugement.

Et la solution serait la même si la contestation

avait demandé une instruction. Cela ne suffit pas à prouver le caractère sérieux de la contestation. Elle reste en suspens jusqu'au jugement, et s'il est jugé que la dette contestée existait, qu'elle était liquide, elle produit tous ses effets à partir du moment où toutes les conditions ont été remplies, bien qu'elles ne fussent pas reconnues.

Dans le cas cependant où le Tribunal rendrait un interlocutoire pour établir l'existence de la créance, la dette serait illiquide. Il existe entre elle un « préjugé » suffisant pour empêcher la dette d'être considérée comme liquide.

Par contre, l'expertise ne nous paraît pas une mesure d'instruction suffisante pour empêcher la liquidité. Un arrêt de la Cour de Cassation du 21 février 1870 (D. 71. 1.100), n'a rien de contraire à cette idée : le juge avait été obligé de nommer un expert pour rechercher et déterminer la quotité des choses dues. La dette dès lors n'était pas liquide, non pas à raison de l'incertitude de l'existence de la créance, mais à raison de l'indétermination de sa quotité.

Au surplus, il ne faut pas considérer comme absolue la règle d'appréciation que nous venons de poser et qui consiste à dire que lorsque la créance est fondée sur un titre, que ce titre a été contesté et que la contestation a été écartée, la compensation s'opère

rétroactivement à la date du titre. Les circonstances de la cause peuvent amener des solutions différentes. Ainsi, par exemple, la dette résultant d'un titre sous seing-privé dont l'écriture et la signature ne sont pas reconnues, ne peut être compensée avec celle résultant d'un acte authentique (Req. 1^{er} Mai 1828). Cet arrêt de la chambre des requêtes mérite d'être cité ; il résume en deux lignes ce que nous venons de dire « Attendu que sans doute la nature des titres lorsqu'ils sont et les uns et les autres susceptibles d'exécution ne peut empêcher la compensation, mais que les graves contestations qui peuvent s'élever à cet égard doivent cependant être appréciées ».

Il importe de remarquer aussi que si la contestation avait été antérieurement soulevée, si la créance opposée en compensation était par conséquent l'objet d'un litige au moment où elle est opposée, jamais la liquidité ne pourrait être reconnue, fut-elle même fondée sur un acte authentique. C'est cette observation qui permet de concilier les arrêts en apparence contradictoires qui décident les uns (Cass. 18 Mai 1813 ; 3 février 1819 ; 17 Août 1829) que la créance même en présence d'un acte authentique, ne peut pas se compenser si elle est contestée, les autres (S. 39. 1. 581.) (S. 41. 1. 129) qui par cela seul qu'elle est contestée, la créance portée en un acte authentique ne cesse pas de pouvoir être compensée. Il faut dis-

tinguer si la contestation s'est produite dès avant le procès actuel et on ne peut pas dire alors qu'elle a lieu pour empêcher la condamnation, ou bien si la contestation s'est produite au moment du procès et il est alors fort à présumer qu'elle intervient par pur esprit de chicane pour retarder l'effet d'une condamnation qui menace.

Lors donc qu'une dette est l'objet d'une contestation sérieuse, elle n'est point liquide, c'est un premier point acquis. Mais de même, l'illiquidité d'une dette n'est pas douteuse, quand cette dette est subordonnée à une réserve qui la peut anéantir.

Il en serait ainsi certainement si celui-là même qui oppose la compensation d'une créance qu'il prétend avoir contre le créancier demande à fournir preuve de sa créance; cette preuve est subordonnée à l'issue d'un débat judiciaire: la créance est une pure prétention dont la justification est réservée (Bruxelles 24 décembre 1827) De même en serait-il pour le cas où le vendeur, débiteur envers son acquéreur d'une somme liquide plus forte que le prix de vente, prétendrait à la fois agir en rescision et faire des offres réelles pour se libérer entièrement en établissant que ce prix a opéré la compensation jusqu'à due concurrence. C'est se contredire que de demander la nullité d'une vente et d'offrir le prix en monnaie de compensation. (Cass. 29 fructidor an VI).

L'illiquidité d'une dette est également non équivoque quand il s'agit d'une obligation dont la légalité est contestée comme provenant, par exemple, d'un traité secret stipulé lors d'une cession d'office (D. P. 51. 1. 192.) Du moment où un procès doit s'engager sur le point de savoir si la créance a ou non une cause licite, un débat judiciaire devient nécessaire et la dette n'est pas liquide.

De même si les parties sont en instance sur la validité de l'obligation que le demandeur propose de compenser.

Nous avons jusqu'ici suivi et approuvé la jurisprudence française dans les applications qu'elle fait à la compensation des conditions auxquelles se reconnaît une dette liquide. Une dette d'existence incertaine n'est pas liquide. Mais l'incertitude doit être une incertitude vraie ; elle doit exister dans la réalité et l'une des parties ne peut pas, par une contestation hors de raison essayer, à la faveur d'un artifice de procédure, de créer un doute sur l'existence en vérité un peu douteuse de la créance.

Il nous faut maintenant nous mettre en présence d'une situation différente : le doute ne porte plus sur le principe même d'existence de la dette, il porte sur le *quantum* de cette dette. C'est un obstacle de fait à la liquidité et la jurisprudence essaye de le tourner et de permettre aux parties de se liqui-

der, même en l'absence de l'apurement complet de leur comptabilité.

Si l'on admet avec nous que l'intention réciproque des parties est libre, l'ordre public une fois respecté, d'effectuer une compensation que le législateur a reconnue par voie d'interprétation de leur volonté, on conçoit parfaitement qu'un obstacle résultant d'un défaut d'apurement du compte puisse être levé.

Ce n'est pas, nous le savons déjà, sur ce terrain que se place l'autorité judiciaire. Par un arbitraire sans doute très souvent heureux, mais parfois un peu capricieux, nous le verrons, le juge croit pouvoir introduire une notion indécise et flottante de la liquidité. Ce qui est facilement liquidable sera tenu pour liquide. Si la loi exige la condition de liquidité il faut que le « *an* » et le « *quantum* » soient hors de doute. La jurisprudence s'appuyant sur cette idée que la détermination ou l'indétermination du *quantum* repose sur une question de pur fait, disons le mot, de hasard, s'attribue le droit de distinguer la dette qui est véritablement illiquide de la dette qui est si proche de la liquidité qu'elle se confond avec la dette liquide. Elle est conduite par là à des incertitudes d'appréciation qui, dans certains cas, se résolvent purement et simplement par une contradiction manifeste. En s'appuyant sur l'intention des parties qu'elle s'efforcerait de dégager avec soin des

circonstances de la cause, elle donnerait à son pouvoir discrétionnaire ce contre-poids qui lui permettrait d'intervenir avec plus de fermeté.

Aussi bien, il est certaines décisions de jurisprudence qui ne peuvent s'expliquer qu'en tenant compte de l'idée que l'intention des parties doit avant tout être prise en considération. Nous n'en voulons citer qu'une. Il a été, dès le 18 Avril 1836 (*Journal du Palais* à sa date) jugé par la Cour de Paris que le mandataire a droit, lors de la présentation de son compte, de compenser avec le reliquat dont il se reconnaît débiteur, les créances dont il a pu avant l'apurement de ce compte, devenir cessionnaire sur son mandant et ce, préférablement au transport que le mandant aurait depuis fait à un tiers de ce résultat éventuel « Considérant, dit la Cour, que tout mandataire a le droit d'imputer sur la recette dont il se prétend débiteur toutes les créances qu'il peut avoir à exercer contre le mandant quelle qu'en soit l'origine si elles sont d'ailleurs exigibles et bien justifiées ».

Voilà qui est tout à fait une de ces compensations d'équité dont il était parlé par M. de Malleville lors de la discussion des travaux préparatoires, dont parle la Cour de Rennes (13 Janvier 1826 *J. du Palais* à sa date) mais qui ne paraissait pas conforme à l'ensemble des travaux préparatoires du Code ni aux textes mêmes des articles 1291 et 1295 C. civ. Car enfin,

l'exigibilité, la certitude d'existence sont bien deux conditions nécessaires, mais non pas suffisantes en l'absence certaine de la liquidité de la détermination du *quantum* ; or, en l'espèce, le compte n'était pas apuré. Comment parler de liquidation à moins d'admettre que la liquidité est une condition légale sans doute, mais que l'intention commune des parties peut écarter.

Et, à regarder de près, quand la jurisprudence admet qu'une créance et une dette parfaitement certaines, fongibles, liquides, exigibles, ne se compenseront cependant pas parce qu'elles ne sont que l'un des éléments d'un compte plus complexe à régler entre les parties en relation d'affaires réciproques, que fait-elle autre chose que de décider que le contrat passé entre les parties, que leurs intentions seront obéies. La dette une fois entrée dans le compte courant par exemple, perd son individualité sans doute, mais pour l'y faire entrer, il a bien fallu que malgré l'existence de toutes les conditions requises pour la compensation les parties décidassent que cette compensation ne s'opérerait pas. Celles-ci, en effet, veulent qu'il n'y ait qu'un compte toujours ouvert et dans lequel tout se confond. Car il s'agit là, non d'opérations à considérer isolément, mais à prendre dans leur ensemble, procédant d'une cause unique et devant se solder

par une balance définitive. Tout cela est vrai, mais enfin, au moment où elles entrent dans cet ensemble, ces opérations isolées existent ; elles sont exigibles et liquides, et cependant elles ne se compensent pas. Il n'y a pas lieu à compensation entre les versements réciproques et successifs dont l'ensemble compose le compte.

On le voit donc, soit qu'elle admette la compensation en l'absence certaine de liquidité, soit aussi qu'elle n'admette pas la compensation, malgré l'existence certaine de la liquidité, la jurisprudence sous la pression des besoins pratiques, interprète l'intention présumée des parties.

Et même, n'est-ce pas pour satisfaire à cette volonté vraie des parties contractantes qu'elle a imaginé de déclarer liquide ce qui était facilement liquidable ? Elle en revient en réalité à la compensation judiciaire, avec effet rétroactif, du droit romain ; à cette compensation d'équité dont parlait M. de Malleville à laquelle, il en faut convenir, le droit coutumier avait en lui-même recours *utilitatis causâ* dans son système de compensation légale.

Elle juge ainsi qu'une créance dont le chiffre peut être déterminé sans difficulté et sans retard est susceptible de compensation (Civ. rep. 22 Août 1865 D. P. 65. 1. 358) (Cass. rep. 22 Ventôse an IX Dalloz n° 2646 1°)

Nulle difficulté s'il s'agit d'un compte dont aucun élément n'est contesté quant à son principe ni quant à sa quotité. Si long que doive être le calcul des intérêts et des imputations, la dette n'en est pas moins liquide, car la quotité n'en est pas moins certaine puisqu'il s'agit d'une simple opération d'arithmétique pour parvenir à la détermination. De même encore, les juges peuvent n'être pas fixés sur le quantum définitif de la créance, renvoyer à des arbitres avant de statuer et cependant constater que la créance s'élève au moins à telle somme et compenser dans la mesure de cette somme avec une créance d'ailleurs liquide et exigible du même débiteur sur le même créancier.

Tout ceci est hors de discussion ; mais la jurisprudence a parfois décidé que la créance d'un médecin pour ses visites était liquide quand la liquidation ne souffrait d'autre retard que celui du règlement à faire par le jury médical. Avec le système qui fait de la liquidité une condition impérative, nous avouons ne pas comprendre que la compensation se puisse faire de plein droit jusqu'à concurrence de la quotité de la créance, alors que la quotité est incertaine. Le chiffre est contesté, ce n'est pas le juge qui le peut fixer, c'est le jury médical ; il peut réduire le mémoire, la quotité est incertaine. Que parle-t-on de liquidité ? (Cf. Cass. 3 février 1819 Dalloz n° 2646 3).

Aussi la jurisprudence est-elle des plus flottantes. Elle décide à l'inverse que si un médecin débiteur d'un client, est institué par lui légataire du montant de son obligation, les héritiers ne peuvent opposer la compensation qui se serait produite entre cette dette échue avant le décès du disposant et les honoraires dus au médecin, mais non réglés ni arrêtés à cette époque (Trib. civ. de la Seine 20 janvier 1892, *Le Droit* 24 mars 1892). Il le faut donc reconnaître, c'est par voie d'interprétation des conventions, par l'étude des circonstances de la cause, que procède la jurisprudence sans se l'avouer.

L'avocat, dit-on d'une part (Dijon 24 janvier 1842, Dalloz n° 2646), peut opposer en compensation ce qu'il estime lui être dûs pour honoraires sans être tenu au préalable d'en faire opérer le règlement par la Chambre de discipline.

S'agit-il au contraire de frais judiciaires, de droits d'actes ou d'honoraires dûs à un officier ministériel, la créance n'est considérée comme liquide que si la somme due a été fixée par la taxe. Cette solution se base sur ce que lorsqu'il s'agit de dépens de justice, on sait bien qu'ils ont été exposés, mais on n'en connaît le montant que par la taxe ; tels sont aussi les honoraires des notaires ; ils ne viennent à compensation qu'après la taxe (Cf. Amiens 7 novembre 1888. *Journal des Audiences d'Amiens* 1888,

page 208). Ce n'est cependant pas l'avis de la Cour de Rouen qui reconnaît franchement qu'elle s'appuie pour ne pas tenir compte de la non-liquidité sur l'intention présumée des parties. « Attendu, dit-elle, que la compensation entre ces deux créances liquides et exigibles a eu lieu par la force du droit et par le consentement tacite des parties ». Et M. le conseiller rapporteur Brière Valigny déclarait lui aussi à la Cour de Cassation que les parties paraissaient d'accord pour négliger une liquidation dont le résultat devait être pour l'une ou pour l'autre d'une minime importance, « Qu'est-il arrivé alors, dit-il ? Une compensation s'est opérée non seulement par la force de la loi, mais par la volonté des parties qui entendaient que les deux comptes devaient se balancer ».

Cette compensation conventionnelle tacite a été respectée et consacrée par la Cour suprême qui s'est prudemment retranchée derrière la question de fait et a laissé à la Cour toute la responsabilité de cette déclaration d'existence d'une convention de compensation. La Cour d'Appel déclare qu'il y a eu contrat, la Cour de Cassation n'y peut pas contredire, et elle confirme, dans cet état des faits.

M. Laurent déclare que des décisions semblables transforment le juge qui est ministre de la loi en ministre d'équité. Cela est vrai ; mais du moment

où le juge s'appuie sur l'intention vraie des parties comme en l'espèce, nous ne croyons pas que la loi doive empêcher les parties (réserve faite des principes essentiels de l'ordre public), de modifier ses dispositions interprétatives et nous ne croyons pas que le juge manque à son devoir, que la loi lui trace, en s'efforçant de rechercher dans les circonstances de la cause, l'expression de la volonté vraie des parties. Mais admettre cela, c'est admettre comme le dit très bien la Cour de Rouen, que la compensation s'opère par la force du droit et par le consentement tacite des parties. La force du droit, c'est précisément l'intention des parties (art. 1134 et 6 du Code civil).

Pour la jurisprudence qui s'attache à une notion plus étroite de la compensation, elle devait décider à l'inverse de ce qu'elle décidait pour l'avocat, libre en principe de fixer lui-même ses honoraires sauf contrôle de la Chambre de discipline, elle devait décider pour les officiers ministériels assujettis au tarif légal qui sert de mesure à leurs prétentions, que la dette n'était liquide que du jour où la taxe en aurait fixé le *quantum*.

Mais la taxe a pour effet de fixer d'une manière ferme le montant des frais dus. Tout est réglé dès que la décision qui la contient est passée en force de chose jugée ; la compensation est désormais opé-

rée de plein droit entre la dette des frais et toute autre dette également liquide et exigible. Aussi a-t-il été décidé qu'en semblable hypothèse, une opposition à la taxe alors même qu'elle serait partiellement accueillie, ne saurait produire d'autres effets que ceux d'une conditon résolutoire, que, par suite, la partie reconnue créancière au principal, mais condamnée aux dépens, doit tenir compte malgré l'opposition à taxe par elle formée de la compensation légale qui s'est opérée entre les deux dettes et ne peut poursuivre par voie de commandement le paiement intégral de sa créance (D. P. 86. 1. 309.)

Résumons, d'un mot, le système auquel nous croyons devoir nous rallier. Nous nous étions proposé comme but de notre thèse d'indiquer dans quelle mesure il convenait de tenir compte de la liquidité dans la compensation.

N'en tenir aucun compte c'était opposer au paiement d'un créancier un obstacle élevé par esprit de chicane et de mauvaise foi.

En tenir toujours compte c'était s'opposer à ce que le débiteur pût échapper au paiement, même s'il avait à invoquer la raison légitime tirée de sa qualité de créancier impayé.

Un système de « compensation légale » au sens strict du mot arrive en faisant de la liquidité une condition essentielle à empêcher le débiteur d'opposer des causes légitimes de compensation.

Un système de « compensation judiciaire » s'en remet au juge du soin de trancher la question de compensation en l'absence même de la liquidité. La pratique romaine a prouvé que cet arbitraire du juge n'était pas sans danger. La jurisprudence française n'échappe pas à tout reproche.

Le système de compensation opérée par déclaration unilatérale de volonté tel que les allemands la pratiquent, permet d'invoquer la compensation comme un droit, comme une sûreté personnelle,

néglige toute exigence de liquidité, aboutit à conférer à celui qui oppose la compensation un privilège parfois injustifié.

Notre système de « compensation conventionnelle tacite » permet au débiteur, quand la volonté des parties est certaine et n'a rien de contraire à l'ordre public, d'invoquer la compensation même pour dettes illiquides.

Et cette volonté certaine résulte de ce que la créance et la dette à compenser dérivent d'une même source, sont liées l'une à l'autre par un rapport de cause à effet. Elles se garantissent alors l'une l'autre. Cette volonté certaine résulte aussi de ce que la créance opposée en compensation est d'une liquidité tellement aisée qu'elle en est pratiquement liquide.

Nous évitons ainsi les inconvénients des systèmes absolus qui permettent toute compensation de dettes non liquides ou n'en permettent aucune.

Vu :

Le Doyen,

GARSONNET.

Vu par le Président de la thèse,

A. BOISTEL.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	9
PREMIÈRE PARTIE	14
SECTION I. — Liquidité	15
CHAPITRE PREMIER. — Certitude d'existence	18
CHAPITRE DEUXIÈME. — Certitude quant à la quotité de la dette	27
SECTION II. — Compensation.	33
SECTION III. — Liquidité et compensation	54
DEUXIÈME PARTIE.	72
CHAPITRE PREMIER. — De la faillite	75
CHAPITRE DEUXIÈME. — Du compte courant	92
CHAPITRE TROISIÈME. — Jurisprudence civile . . .	103

